

HABEAS CORPUS N. 10.442 – BA

(Registro n. 99.0072702-9)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrante: Eduardo de Vilhena Toledo
Impetrado: Conselho da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia
Paciente: Nylton José Pires Filho (preso)
Sustentação oral: Eduardo de Vilhena Toledo (pelo paciente)

EMENTA: Processual Penal – **Habeas corpus** – Substitutivo de *writ* – Extorsão mediante seqüestro com resultado morte e ocultação de cadáver – Apelo em liberdade.

I – A *periculosidade*, evidenciada pelo **modus operandi**, com in-críveis requintes de frieza e crueldade, tal como posto ao longo da *r. sentença condenatória*, apresenta-se como relevante fator impeditivo para o apelo em liberdade. Tudo isto, associado ao fato do paciente ter fornecido endereço no qual não foi encontrado na instrução e, ainda, da indicação de antecedentes na *r. decisão* reprochada, é que demonstram a exigência concreta da constitucionalmente válida segregação antecipada (*precedentes aplicáveis*).

II – Diante de tais dados, mormente em se tratando de crime hediondo, só por excesso de formalismo, poder-se-ia exigir repetição dos fundamentos que estão por demais evidenciados no corpo do *r. decisório* de 1º grau. A objetiva conclusão obstativa do apelo em liberdade teve, no caso, o seu suporte explicitado.

III – Por derradeiro, o paciente só veio a ser capturado longe do distrito da culpa.

Writ indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, retomado o julgamento, por maioria, indeferir o pedido. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e José Arnaldo da Fonseca. Votou vencido o Sr. Ministro

Edson Vidigal. Sustentou oralmente, em 23.11.1999, pelo paciente, o Dr. Eduardo de Vilhena Toledo.

Brasília-DF, 7 de dezembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Felix Fischer, Relator.

Publicado no DJ de 14.2.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de **habeas corpus**, substitutivo de recurso ordinário, impetrado contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Bahia, pelo qual foi denegado *writ* em que se alegava *a falta de fundamentação da segregação antecipada fixada na r. sentença condenatória*.

Consta das *informações de 1ª grau*:

“O Paciente encontra-se segregado em virtude de prisão decretada em sentença condenatória recorrível pela prática dos crimes previstos nos arts. 159, § 3º, e 211, c.c. arts. 69 e 29, todos do Código Penal, incidindo a Lei n. 8.072/1990, cujas penas impostas somam 27 anos e 3 meses de reclusão, em regime inicial fechado e pena de multa.

Acrescento que a decisão resultou não só de ocorrências nos autos, bem como da verificação e análise das circunstâncias judiciais, cujos elementos conduziram ao entendimento da necessidade da segregação do Paciente.

Por oportuno, esclareço que no curso do processo, o Paciente encontrava-se custodiado por força de prisão preventiva, decretada por este Juízo.

Posteriormente, foi expedido alvará de soltura, em favor do mesmo, por ordem do egrégio Superior Tribunal de Justiça, em virtude de **habeas corpus** impetrado.

Solto o Paciente, o processo seguiu o seu trâmite, não tendo sido encontrado para uma audiência em carta precatória, conforme certidão do Oficial de Justiça, que informou, inclusive, que pode observar a residência abandonada, bem como ter sido informado por vizinhos que o denunciado Nylton, ali não residia há muito tempo (doc. 1).

Por esse motivo, a Promotoria Pública requereu a sua prisão preventiva (docs. 2/4) e naquela oportunidade, solicitei ao colendo Tribunal Superior, cópia do acórdão do HC que colocou o Paciente em liberdade, a fim de melhor instruir o feito.

Nesse espaço de tempo, o doutor defensor do Paciente informou o novo endereço onde o Acusado seria encontrado.

Posteriormente, nos autos do aludido acórdão, pude verificar que o Paciente gozava de liberdade por força de nulidade de um decreto de prisão preventiva desfundamentado, o que não impediria fosse novamente decretada a sua prisão e certamente se já fosse do conhecimento deste Magistrado, a teria decretado no ensejo do requerimento da Promotoria de Justiça, em face dos motivos alegados, naquela oportunidade.

Ao proferir a sentença, meticulosamente analisei as circunstâncias judiciais, concluindo pela necessidade imperiosa da custódia cautelar do Paciente.

Na análise dessas circunstâncias verifiquei que o Réu não gozava de tão bons antecedentes, demonstrando periculosidade tendo sido indiciado pela prática dos crimes de ameaça e constrangimento ilegal, fazendo-se inclusive, passar por um certo Capitão Guimarães (docs. 5/11).

Verificando, assim, a perigosidade do Paciente, bem como já ter o mesmo se ausentado do distrito da culpa, anteriormente sem comunicação a este Juízo e tratando-se de crime hediondo, entendi por oportuna a decretação da sua prisão, cuja oportunidade se mantém necessária em virtude de ter o Paciente sido encontrado na cidade de Goiânia, conforme relato da autoridade policial (doc. 12), quando o endereço que consta dos autos fica na cidade de Salvador, onde não foi encontrado.

A medida, portanto, encontra-se fundamentada pela análise das circunstâncias judiciais, que indicando maus antecedentes e aliada ao permissivo contido no art. 2º, § 2º, da Lei n. 8.072/1990, ensejaram a decretação da medida, na sentença (docs. 13/35).” (fls. 77/78).

No v. acórdão vergastado, tem-se:

“O crime praticado pelo Paciente e comparsas é hediondo, gerou

clamor público, intranqüilizou a paz social, em razão não só da crueldade, como também do requinte de perversidade adotado no momento da sua execução.

O ora paciente teve, inicialmente, a sua prisão preventiva decretada, a qual foi revogada pelo Superior Tribunal de Justiça sob o fundamento de ser desfundamentada, porém, no mérito, o ínclito Ministro-Relator reconheceu “*que a imputação feita ao co-réu é gravíssima; que o quadro fático narrado na exordial acusatória é terrível*”, concluindo que a prisão poderia ser novamente decretada, com motivação válida.

Posto o Paciente em liberdade e após marchas e contramarchas do processo, adveio a sentença condenatória, em cujo cerne estão delineados os motivos ensejadores da prisão provisória, que ainda crepitam, como estalos de lenha verde ao fogo.

O Paciente, se não era da sua obrigação acompanhar todos os atos processuais, porque nenhum compromisso prestou em juízo para tanto, quando nada – que não é nada –, ao assim proceder, pouca importância deu aos atos tão sérios, como se nada fosse, porque o nada para ele é tudo. O Paciente, apesar de ser autor de um crime hediondo, que causou comoção social, ao ser beneficiado pela revogação da prisão preventiva, pouco importância deu aos atos instrutórios, uma vez que não se fez presente a muitos deles, ausentou-se do distrito da culpa, dando ao Juiz um endereço onde jamais foi encontrado.

Condenado – o Paciente – a cumprir a pena de 27 (vinte e sete) anos e 3 (três) meses de reclusão e considerando a natureza do crime, os seus motivos que o ensejaram e a crueldade do ato de execução – verdadeira selvageria – presentes, ainda, os motivos que recomendam a prisão preventiva, não há como censurar a decisão que a decretou.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, julgando o **Habeas Corpus** n. 3.066-4 – do Rio de Janeiro-RJ, Rel. Ministro Anselmo Santiago, em caso idêntico, indeferiu a ordem, sustentando, **in verbis**:

“Ementa: Processual Penal. Habeas corpus. Liberdade provisória. Impossibilidade.

1. Presente motivo que autoriza a prisão preventiva, impossível a liberdade provisória.

2. Ordem denegada.”

Extrai-se da fundamentação do voto do eminente Ministro, o seguinte:

“A prisão só terá cabimento quando se verificar, concretamente, alguma das hipóteses do art. 312 do CPP.

No caso, se vislumbra uma das hipóteses autorizadoras da custódia provisória, qual seja, a ordem pública, cujo conceito, na lição de Mirabete (in Processo Penal, 2ª edição, Atlas, p. 371), ‘não se limita a prevenir a reprodução de fatos criminosos, mas também a acautelar o da Justiça, em face da gravidade do crime e de sua repercussão’.

A gravidade do crime de que é acusado o Paciente repercutiu na pequena cidade de Cambuci, deixando a sociedade local intranqüila.

Existem, pois, razões para a decretação da prisão preventiva do Paciente, não cabendo falar em primariedade e bons antecedentes.

Ressalta-se, por oportuno, que o Paciente não tem domicílio nem residência no distrito da culpa, sendo certo que está aposentado do serviço público.

Não vejo direito à liberdade provisória do Paciente, por isso denego a ordem” (in Rev. do Superior Tribunal de Justiça 74/50).

De igual modo, a mesma Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, também se posicionou ao julgar o **Habeas Corpus** n. 4.484-5-RS, sendo Relator o Ministro Vicente Leal, **in verbis**:

“Ementa: Processual Penal. Habeas corpus. Direito de recorrer em liberdade. Pressupostos. CPP, 594.

– O direito de recorrer da sentença condenatória provisória tem como pressuposto a presença das circunstâncias previstas no art. 594, parte final, do Código de Processo Penal.

– Evidenciada a periculosidade do Réu, condenado pela prática de crime qualificado em concurso de agentes, perpetrado de forma continuada e com nítida liderança na quadrilha, circunstâncias ensejadoras de prisão preventiva para o resguardo da ordem pública, não merece censura a decisão que inadmitiu o privilégio de recorrer em liberdade.

– Recurso desprovido.”

O ilustre Ministro fundamenta parte da decisão com voto do Ministro

Cid Flaquer Scartezzini, prolatado no **Habeas Corpus** n. 497-SP, **in verbis**:

“Diante do contexto fático, inviável a concessão da pretensão veiculada no presente recurso. Com efeito, o fato de o réu ser primário e morigerado não assegura, por si só, o privilégio da liberdade provisória, se evidenciada periculosidade no cometimento do crime, isto porque a garantia da ordem pública, erigida como um dos motivos de prisão preventiva e, portanto, óbice à concessão da liberdade provisória, abrange a preocupação de acautelar o meio social diante da gravidade do crime e de sua repercussão.

Nesse sentido, transcrevo a ementa do RHC n. 497-SP, da lavra do eminente Ministro Cid Flaquer Scartezzini, in verbis:

‘Processual Penal. Recurso em habeas corpus. Direito de recorrer em liberdade. Art. 594 do CPP.

– Para fazer jus ao benefício de apelar em liberdade, é indispensável que o condenado, além de ser primário, seja possuidor de bons antecedentes.

– A ordem de recolhimento, amparada no art. 594 da lei adjetiva penal, é mera providência cautelar, quando dos antecedentes, gravidade do crime outra circunstância, passa presumir que venha, o réu, furtar-se a sua execução, caso a sentença condenatória seja confirmada pelo Órgão Superior da Justiça.

Recurso improvido.’ (Quinta Turma, AC n. 774, decisão 21.2.1990, pub. no DJ de 19.3.1990, p. 1.951).

A propósito, vale o ensinamento do eminente Jurista Celso Fabbrini Mirabete, in verbis:

‘Não obstante o reconhecimento da primariedade e dos bons antecedentes do réu condenado, o juiz pode negar a liberdade provisória, desde que demonstre base segura para a decisão, como reconhecendo que está caracterizada, v.g., a periculosidade do agente, evidenciadas as graves conseqüências do crime ou que exista qualquer das hipóteses que autorizam a decretação da prisão preventiva (in CPP Interpretado, p. 687, Ed. Atlas, 1994).

Impende considerar, ainda, que este Tribunal já proclamou, por entendimento consolidado na Súmula n. 9, que ‘a exigência

de prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência'.

Está demonstrado, em todas as fases da sentença condenatória, o perigo que representa o Acusado em liberdade, pois, além da prática de um crime hediondo contra pessoa que era sua amiga, com requintes de perversidade e crueldade, causando repercussão não só na cidade de Camaçari, mas em todo o Brasil, demonstrando extrema frieza e pretendendo frustrar-se da aplicação da lei penal, ao fornecer à Justiça endereço onde não foi encontrado pelo Oficial de Justiça que foi intimá-lo de atos processuais.

A lei processual penal não exige do juiz palavras sacramentais para fundamentar decisão que decreta a prisão provisória. Basta que ele demonstre a necessidade dela, com base em uma das causas previstas no art. 312 do CPP, e que estejam provados a materialidade do crime e indícios suficientes da autoria.

No caso dos autos, o ilustre juiz **a quo**, demonstrou, ao prolatar a sentença condenatória, a periculosidade do Paciente, sua frieza, a crueldade e perversidade que usou no momento da execução do crime, fato que causou repercussão em todo o Brasil; a fuga do distrito da culpa, depois de fornecer endereço fictício da sua residência, tentando ludibriar, desse modo, a ação da Justiça. O que mais era preciso?

As contas de luz e água juntadas aos autos depois da prisão, confirmando a residência do Acusado, por si sós, não provam que ele reside no endereço indicado. Tanto não provam que, por diversas vezes, o Oficial de Justiça lá esteve e não o encontrou, e, ainda, porque o Paciente foi capturado, pela Polinter, na cidade de Goiânia-GO.

Por outro lado, os demais co-réus estão presos preventivamente, não sendo justo que apenas o Paciente permaneça em liberdade.” (fls. 115/119).

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo indeferimento do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): O Réu-paciente foi denunciado pela prática dos delitos previstos nos arts. 159, § 3º (*crime hediondo*), e 211 c.c. os arts. 69 e 29 do CP.

Teve a sua prisão cautelar decretada que acabou sendo revogada, por esta Turma, em virtude da falta de fundamentação.

Ao final, em 1ª grau, foi condenado à *27 anos e 3 meses de reclusão*, afóra a pena pecuniária.

Portanto, um dos crimes imputados é gravíssimo, hediondo. No caso concreto, como se vê, ainda que se procure abraçar corrente apegada ao formalismo em sede do disposto no *art. 594 do CPP*, a pretensão inculpada na prefacial do *writ* não pode prosperar. *Primeiro*, não é só sob o aspecto exclusivo da prática de delito grave que a pretensão de apelar em liberdade deve ser, aqui, obstada. *Ao longo da r. sentença condenatória* está indicada a atuação conjunta dos envolvidos denotando uma intensa crueldade, crueldade *desnecessária* até para o grave crime em questão. Há descrição de frieza que encontra poucos precedentes históricos. Uma total insensibilidade humana. Com a finalidade de praticar extorsão mediante seqüestro, atingindo pessoas do relacionamento do próprio Paciente, os Réus ceifaram a vida de *um jovem casal de namorados*. Tudo isto, sem antes, barbaramente, torturá-los. *E não é só*. Após a prática das mortes é que os Acusados resolveram efetuar a extorsão. A *periculosidade* de todos os denunciados – pelo menos em nível de *writ* – é incontestável. *Segundo*, consta dos autos, conforme se vê do *v. acórdão* reprochado, que ‘o Paciente, se não era da sua obrigação acompanhar todos os atos processuais, porque nenhum compromisso prestou em juízo para tanto, quando nada – que não é nada –, ao assim proceder, pouca importância deu aos atos tão sérios, como se nada fosse, porque o nada para ele é tudo. O Paciente, apesar de ser autor de um crime hediondo, que causou *comoção social*, ao ser beneficiado pela revogação da prisão preventiva, pouca importância deu aos atos instrutórios, uma vez que não se fez presente a muitos deles, ausentou-se do distrito da culpa dando ao Juiz um endereço *onde jamais foi encontrado*.” (fl. 116). *E, mais adiante*: “No caso dos autos, o ilustre juiz **a quo**, demonstrou, ao prolatar a sentença condenatória, a periculosidade do Paciente, sua frieza, a crueldade e perversidade que usou no momento da execução do crime, fato que causou repercussão em todo o Brasil; a fuga do distrito da culpa, depois de fornecer endereço fictício da sua residência, tentando ludibriar, desse modo, a ação da Justiça. O que mais era preciso?

As contas de luz e água juntadas aos autos depois da prisão, confirmando a residência do Acusado, por si sós, não provam que ele reside no endereço indicado. Tanto não provam que, por diversas vezes, o Oficial de Justiça lá esteve e não o encontrou e, ainda, porque o Paciente foi capturado, pela Polinter, na cidade de Goiânia-GO.

Por outro lado, os demais co-réus estão presos preventivamente, não sendo justo que apenas o Paciente permaneça em liberdade.” (fl. 119, v. acórdão recorrido).

Terceiro, segundo as informações de fl. 78, a decisão à fl. 97, o Réu, ainda que primário, não goza de bons antecedentes.

Conseqüentemente, mesmo que no tópico da denegação do apelo em liberdade, o MM. Juiz tenha sido lacônico (o que, evidentemente, não é o ideal), não só os autos dão suporte ao ato judicial, *mas, também, a própria motivação ao longo da r. decisão increpada indica que não há qualquer alicerce válido para acolher o pedido inserido na inicial do writ.*

Não é demais indicar, no tema, alguns precedentes, senão vejamos:

“A primariedade e os bons antecedentes não ensejam, por si, automaticamente, o direito de apelar em liberdade se o réu, que fora preso em flagrante, solto só em virtude de excesso de prazo, é considerado, no **decisum**, como de *elevada periculosidade*.” (STJ, RHC n. 6.747-MG, Quinta Turma, DJU de 2.2.1998, p. 120).

e

“1. O art. 2^a, § 2^a, da Lei n. 8.072/1990, por exigir o recolhimento à prisão como pressuposto de admissibilidade do recurso de apelação, não afronta o disposto no art. 5^a, LVII, da Constituição Federal, à luz do qual as restrições à liberdade individual só se admitem em caráter excepcional, sob motivação convincente do juiz em sua sentença.

2. A presunção de não-culpabilidade não se opõe aos arts. 393, I, e 594 do CPP e ao art. 2^a, § 2^a, da Lei n. 8.072/1990, que estabelecem a prisão provisória posterior à sentença condenatória.

3. Nos crimes hediondos ‘a regra – que é a proibição de apelar solto – só é afastada (o que é exceção) por decisão fundamentada do juiz em sentido contrário” (HC n. 69.667-RJ, Rel. Min. Moreira Alves, DJU de 26.2.1993, p. 2.357). No mesmo sentido: HC n. 70.634-PE (DJU de 24.6.1994, p. 16.649); HC n. 69.901-GO (DJU de 26.3.1993, p. 5.005); HC n. 70.634-PE (DJU de 24.6.1994, p. 16.649), todos relatados pelo Ministro Francisco Rezek.

4. Incensurável o acórdão do Tribunal a quo ao decidir de forma

fundamentada, pelo não-conhecimento da apelação criminal interposta por réus foragidos, com prisões preventivas decretadas, cuja sentença condenatória, como incursos nas penas de crimes hediondos, não lhes permitiu recorrerem em liberdade.

5. **Habeas corpus** indeferido.” (STF, HC n. 71.401-3, Relator Ministro Maurício Corrêa, DJU de 8.9.1995, p. 28.355).

e

“A condição de primário e de ostentar bons antecedentes, por si só, não garante ao Réu, que revelou periculosidade, em condenável assalto à mão armada, o privilégio da liberdade provisória.” (STJ, RT 694, p.p 386/387, HC n. 1.671-SP, Sexta Turma, Relator Ministro José Cândido, DJU de 18.5.1992).

Dessarte, a conclusão, havida pretensamente como exclusiva razão de ser acerca do **punctum saliens** (“*Espeça-se o respectivo mandado de prisão, por entender que a reprovação do crime deve ser atendida de pronto, podendo se tornar inócua o retardamento dos efeitos da condenação, de logo negada a possibilidade de recorrer em liberdade.*”, fl. 98, r. sentença), a toda evidência, não pode ser pinçada do contexto. As valorações se apresentam, repito, ao longo do ato judicial como um todo. A desnecessária crueldade e a periculosidade, impedem a concessão de benefícios que possam contrapor, em delitos graves, a segregação antecipada (v.g. RHC n. 7.750, Quinta Turma, Relator Min. Edson Vidigal, DJU de 14.9.1998).

Voto pelo indeferimento do *writ*.

VOTO-VISTA VENCIDO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Sr. Presidente, pedi vista dos autos para melhor apreciar a questão trazida ao nosso exame.

O Impetrante alega que “tratando-se de réu que se encontrava em liberdade quando da prolação da sentença condenatória, a regra é conceder-lhe o direito de apelar em liberdade, salvo se a sentença, de modo claro e objetivo, justificar a necessidade da segregação antecipada, inclusive nos crimes hediondos” (fl. 5).

O Tribunal Estadual, indeferindo o pedido ali impetrado, fez consignar que “o crime praticado pelo Paciente e comparsas é hediondo, gerou

clamor público, intranqüilizou a paz social, em razão não só da crueldade, como também do requinte de perversidade adotado no momento da sua execução” (fl. 51). Assim, ao entender daquela Corte, estaria a vedação ao apelo em liberdade justificada pela gravidade do delito e pela repulsa que o mesmo gera.

Temos entendido de forma diversa.

O Paciente respondeu a todo o processo em liberdade. A sentença reconhece que é tecnicamente primário e de bons antecedentes. Ademais, a negativa ao apelo em liberdade não é motivada nem fundamentada. Diz apenas:

“Expeça-se o respectivo mandado de prisão, por entender que a reprovação do crime deve ser atendida de pronto, podendo se tornar inócuo o retardamento dos efeitos da condenação, desde logo negada a possibilidade de recorrer em liberdade” (fl. 98).

Só isso.

Nos termos da Constituição da República, art. 93, IX, são nulas as decisões judiciais que não forem fundamentadas.

Temos avançado, ainda bem, enfrentando a favor dos direitos humanos os desafios impostos pela chamada Lei dos Crimes Hediondos, no que ela contém de atraso como instrumento, que deveria ser e não o é, da sociedade para punir desvios de conduta de modo a prevenir outros desvios e obter, com o cumprimento da pena, a recuperação da pessoa humana para que volte a conviver harmoniosa e construtivamente no meio social.

Tudo pura utopia ante o descaso dos detentores do poder de fazer as leis que não se ocupam numa ação mais abrangente e ousada que possa remover o lixo das leis ineficazes, das que foram feitas para atender aos apelos da arquibancada de plantão, das casuísticas e das que nada mais dizem a realidade dos novos, de tão defasadas que estão.

A sociedade, para ter direito ao Estado, que tem que estar a serviço do seu bem-estar e não o contrário – a serviço do bem-estar das forças invisíveis que manipulam os poderes do Estado; a sociedade, para dispor do que é seu – que é o Estado a seu serviço, precisa não só de moeda estável; precisa que essa estabilidade monetária não lhe custe as amarguras da recessão, do desemprego; a revolta cotidiana contra a impunidade dos maiores; precisa de leis que, repudiando a hipocrisia, sejam mais consistentes, não de hipocrisias como essas dessa chamada Lei dos Crimes Hediondos.

Trago exemplos do avanço jurisprudencial:

“Processo: RHC n. 4.365, Ano: 1995, UF: RN, Sexta Turma: Recurso Ordinário em **Habeas corpus**, Fonte: DJ data: 3.4.1995, p. 8.149

Ementa: Constitucional e Processual Penal. Crime hediondo (tráfico de drogas). Sentença condenatória. Apelar solto. Súmula n. 9-STJ. Princípios constitucionais da presunção de inocência e da liberdade provisória. Interpretação da lei ordinária, de acordo com a Constituição e não vice-versa. Necessidade de fundamentação da prisão. Mesmo em se tratando de ‘crime hediondo’. Recurso ordinário conhecido e provido. I – O Paciente, que respondeu a todo o processo em liberdade, foi condenado por tráfico de drogas. O Juiz, na sentença, não motivou porque o paciente teria que recolher-se preso para poder apelar. O Tribunal, ao denegar o pedido de **habeas corpus**. Invocou a Súmula n. 9-STJ. II – Não se pode ‘interpretar a Constituição conforme a lei ordinária (*gesetzeskonformen verfassungsinterpretation*). O contrário é que se faz. A Lei de Crimes Hediondos (art. 9^a) é que tem de se amoldar à Constituição. Nossa Constituição, por inspiração constitucional lusa (art. 32:2), consagrou o ‘princípio da presunção de inocência’ e, por influência norte-americana (Emendas n. XIV e XV), o ‘princípio do devido processo legal’. Ambos os princípios têm conexão com o ‘princípio da liberdade provisória’ (art. 5^a, LXVI). Assim, todo indiciado, ou acusado ou condenado, se presume inocente até que seja irrecorrivelmente apenado. Desse modo, cabe ao juiz, em qualquer circunstância, fundamentar, mesmo em se tratando de ‘crime hediondo’, a razão de o condenado ter de ficar preso para poder apelar. A regra geral de ‘recorrer em liberdade’ (CF, art. 5^a, LXVI); a excepcional, ‘recorrer preso’. A Súmula n. 9-STJ não briga com tais princípios, pois apenas assevera que ‘a exigência da prisão provisória, para apelar, não ofende a garantia constitucional da presunção de inocência’. Em outras palavras, só afirma que não se tem de aguardar a formação da coisa julgada para poder ser recolhido à prisão. III – Recurso ordinário conhecido e provido.

Relator Ministro Adhemar Maciel. Decisão: por unanimidade, conhecer e dar provimento ao recurso.”

Agora esta decisão desta egrégia Quinta Turma:

“Processo: RHC n. 1.569, Ano: 1991, UF: RJ, Quinta Turma:

Recurso Ordinário em **Habeas Corpus**, Fonte: DJ data: 13.4.1992, p. 5.003, RSTJ Vol.: 46, p. 403

Ementa: Processual Penal. Tráfico ilícito de cocaína. Condenação. Apelo em liberdade. Decisão desfundamentada. Ordem deferida. 1. Todas as decisões judiciais devem ser, obrigatoriamente, fundamentadas, CF, art. 93, IX. 2. O princípio da presunção de inocência – CF, art. 5º, LVII – não revogou o art. 35, da Lei n. 6.368, de 1976, o qual, no entanto, foi derogado pelo § 2º do art. 2º da Lei n. 8.072, de 1990. 3. Baseando-se a decisão, exclusivamente, no art. 35 da Lei n. 6.368/1976, para negar a paciente o direito de apelar em liberdade, desconheceu a modificação ocorrida naquele dispositivo é, pois, destituída de fundamentação, especialmente porque a recorrente respondeu ao processo em liberdade e não foi demonstrada a necessidade da custódia provisória. 4. Recurso provido. Ordem deferida.

Relator: Ministro Jesus Costa Lima.

Decisão: Por unanimidade, conceder a ordem, a fim de que a paciente possa defender-se em liberdade, e determinar expedição de alvará de soltura em benefício da mesma, se por ‘al’ não deva permanecer presa.”

Assim, com a devida vênia do eminente Ministro-Relator, considerando que o Acusado respondeu ao processo em liberdade, tendo, portanto, o direito de aguardar a decisão quanto ao recurso em liberdade, defiro o pedido, para que, em liberdade, o resultado da apelação.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 10.615 – MS

(Registro n. 99.9980739-1)

Relator: Ministro Felix Fischer
Impetrante: Edivaldo Gonçalves da Luz
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul
Paciente: Edivaldo Gonçalves da Luz (preso)

EMENTA: Penal e Processual Penal – **Habeas corpus** (EC n. 22/1999) – Tráfico de drogas – Reincidência e maus antecedentes – Circunstâncias judiciais – Grande quantidade de entorpecente apreendida – Concurso de pessoas.

I – A análise das circunstâncias judiciais, no caso, por envolver o incontornável cotejo de provas escapa dos limites do *writ* (Súmula n. 7-STJ).

II – Os maus antecedentes não implicam, por si, na existência da reincidência. E, esta não exclui a configuração daqueles, visto que pode haver reincidência e outros maus antecedentes.

III – A grande quantidade de drogas apreendida pode e deve ser utilizada na dosimetria (*precedente*).

IV – A majorante do art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/1976 incide no caso do simples concurso de pessoas (*precedentes*).

Writ indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir o pedido. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 9 de novembro de 1999 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Felix Fischer, Relator.

Publicado no DJ de 14.2.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Versam os autos sobre **habeas corpus** originário (EC n. 22/1999) impetrado, em causa própria, contra v. acórdão da egrégia Segunda Turma Criminal do egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul, que deu provimento parcial à apelação interposta pelo Réu-paciente, reduzindo a resposta penal pela condenação por tráfico de drogas (art. 12 da Lei de Tóxicos) em concurso de pessoas (art. 18, inciso III, da mesma **Lex**).

O retrospecto está bem delineado às fls. 35/36, **in verbis**: “Trata-se de **habeas corpus** originário (fls. 2/6) impetrado em causa própria por Edivaldo Gonçalves da Luz, condenado pelo MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Dourados-MS, ao cumprimento de pena de 12 (doze) anos de reclusão, em regime fechado, e ao pagamento de 240 (duzentos e quarenta) dias-multa, pela prática delitativa descrita no artigo 12, combinado com o artigo 18, ambos da Lei n. 6.368/1976 (fl. 22).

Insurge-se o Impetrante-paciente contra o v. acórdão de fls. 20/32, onde a Segunda Turma Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso do Sul deu parcial provimento ao recurso de apelação por ele interposto para reduzir a pena para 9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão, além de pagamento de 200 (duzentos) dias-multa. Para tanto, sustenta a ocorrência de uma série de ilegalidades em tal julgamento, uma vez que a Corte **a quo** teria violado o princípio do **ne bis in idem** quando da aplicação da pena, vez que tanto a reincidência quanto os maus antecedentes foram computados para o agravamento da sanção. Aponta, inclusive, inexistir a agravante prevista no artigo 18, inciso III, da Lei n. 6.368/1976, além do que a Corte **a quo** teria agido com abuso de poder ao fixar a pena no dobro do mínimo legal.

Impetrada a ordem junto ao Supremo Tribunal Federal, tendo-se em vista a promulgação da Emenda Constitucional n. 22, de 18 de março de 1999, que alterou a redação da alínea **i**, do inciso I do art. 102 da Constituição, foram os autos encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça (fl. 10). Após terem sido prestadas as informações de estilo (fls. 18/32), vêm os autos para manifestação do Ministério Público Federal”. (fls. 35/36).

Diz a ementa do v. acórdão increpado:

“Ementa: Apelação criminal. Entorpecentes. Pretendida absolvição. Improcedência. Depoimentos de policiais amparados pelas demais provas. Culpabilidade certa. A causa de aumento da associação pode ser reconhecida na sentença quando são dois os réus acusados pelo tráfico. Pena reduzida. Fundamentação insuficiente para o grau de elevação. Provimento parcial.

O depoimento de policiais encarregadas das investigações é tão válido como o de pessoa comum, quando encontra ressonância nos demais elementos de provas, mormente quando a culpabilidade emerge, com abundância, dos autos.

Se são dois os réus que num mesmo momento efetuavam o tráfico, o reconhecimento na sentença da causa de aumento da associação

é uma medida legal, mesmo que esta não tenha sido capitulada na denúncia.

A pena deve ser reduzida quando majorada quase o triplo do mínimo legal com a utilização de fundamentação genérica, prevalecendo um aumento apenas no dobro do mínimo legal, considerando o número das circunstâncias judiciais desfavoráveis que realmente constam nos autos.” (fls. 20/21).

A douta Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo indeferimento do *writ*.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): Nos limites do *writ* e, deste em particular, onde as informações são limitadas e não se permite o cotejo analítico (Súmula n. 7-STJ), a dosimetria da resposta penal – reduzida em 2ª grau – desmerece qualquer alteração. Basta que se observe, **in verbis**:

“Tenho dito que motivos genéricos e subjetivos, não podem servir de base à elevação, mormente quando se tratarem de circunstâncias elementares do delito. Ora, a dependência que a droga causa, o uso indevido da substância entorpecente, os fatores determinantes de seu grau de potencialidade ofensiva, causando dependência física e psíquica, são elementos da natureza do crime, que em razão disso, já tem punição mais acentuada, inclusive sendo denominado de hediondo. Não vejo porque o fato da droga estar sendo transportada para São Paulo, seja um motivo de agravação, até porque o seu destino era uma cidade interiorana, além do que não nos parece de relevância o destino da droga, mas, sim, o mal que ela irá causar a qualquer que seja o seu usuário, morando em São Paulo ou em outro Estado da Federação.

Além desses aspectos de ordem interpretativa, verifica-se que a pena foi elevada quase ao triplo do mínimo legal, em razão de apenas duas circunstâncias judiciais desfavoráveis. É certo que a quantidade da droga serve para justificar a elevação, a teor do que dispõe o artigo 37 da Lei n. 6.368/1976, todavia não se justificando uma majoração exageradamente acima do mínimo legal.

Assim, acredito que uma elevação no dobro do mínimo legal, em

razão das duas circunstâncias judiciais desfavoráveis acima citadas, é o suficiente para reprovação e prevenção.

Destarte, reduzo a pena-base para 6 anos de reclusão, reduzindo na mesma proporção a reprimenda pecuniária, que ficará em 156 dias-multa. Da mesma forma utilizada na sentença, aumento-as face à agravante da reincidência, mas tão-somente quanto ao apelante Edivaldo Gonçalves da Luz, uma vez que quanto a Marcos Roberto Marcelino, aplico a atenuante do artigo 66 do Código Penal, reconhecendo uma compensação que elimina a agravante ora tratada. Assim, a pena de Edivaldo Gonçalves da Luz será acrescida para 7 anos de reclusão. A multa irá para 182 dias-multa. Há ainda a causa de aumento, a qual aplico no mesmo **quantum** da sentença, ou seja em 1/3, por significar o menor aumento. Assim, as penas ficarão acrescidas da seguinte forma: quanto a Edivaldo, a reprimenda corporal sofrerá um acréscimo de 2 anos e 4 meses, totalizando em 9 anos e 4 meses de reclusão, mais o pagamento de 240 dias-multa. Quanto a Marcos, a pena sofrerá, em razão desta causa de aumento, um acréscimo de 2 anos de reclusão, totalizando em 8 anos de reclusão, mais o pagamento de 208 dias-multa. Os dias-multas serão aplicados na mesma razão imposta na sentença.

Aplico a atenuante inominada tratada no artigo 66 do Código Penal, segundo o magistério de **Damásio Evangelista de Jesus**, in Código Penal Anotado, Saraiva, p. 169, onde afirma:

‘Circunstâncias inominadas.

São as que escapam à especificação legal e que servem de meios diretivos para o juiz aplicar a pena. Devem ser relevantes, podendo ser anteriores ou posteriores à prática delituosa. Exemplos: ser o réu portador de doença incurável, influência religiosa, ser portador de defeito físico relevante, ter sofrido em face do crime um dano físico, fisiológico ou psíquico etc.’

Não se trata de aplicar um dispositivo apenas pelo fato de o réu ser um deficiente físico, mas porque esse defeito o leva à dependência de outras pessoas para a locomoção, o que, evidentemente, fica mais vulnerável à manipulação por parte da má companhia, até porque não resta ao infrator muitas outras opções para que possa esquivar-se da prática do crime. Entendo justo este reconhecimento da lei, que pode ser fielmente aplicado neste caso.” (fls. 29/31).

Por outro lado, o simples concurso de pessoas enseja a aplicação da majorante do art. 18, inciso III, da Lei n. 6.368/1976. E, se na exordial acusatória, na sua **imputatio facti**, consta a co-autoria, incabível falar-se da imprescindibilidade de ser aplicado o mecanismo da **mutatio libelli** (art. 384, parágrafo único, do CPP) porquanto ser a situação própria de **emendatio libelli** (art. 383 c.c. o art. 617 do CPP). Como precedentes, tem-se: a) STF, HC n. 72.674-SP, Segunda Turma, Relator Min. Maurício Corrêa, DJU de 3.5.1996, p. 13.900; b) STF, HC n. 76.292-SP, Segunda Turma, Relator Min. Marco Aurélio, DJU de 19.6.1998; c) STF, HC n. 76.596-RJ, Primeira Turma, Relator Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 30.4.1998; d) STJ, RHC n. 6.053-SP, Sexta Turma, Relator Min. Vicente Leal, DJU de 22.4.1997).

Ademais, incorporo o parecer da culta Subprocuradora-Geral da República, Dra. Laurita Hilário Vaz, **in verbis**:

“Também é patente que incoorreu **bis in idem** na exasperação da pena, em vista da ocorrência simultânea de maus antecedentes e reincidência. Em que pese faltarem maiores dados nos autos, os dois conceitos não se confundem, o primeiro, previsto no artigo 59 do Código Penal, é também denominado circunstância judicial, e foi corretamente considerado para o cálculo da pena-base, tendo o magistrado-sentenciante destacado que os acusados ‘têm má conduta social e personalidade voltada para o crime, pois a vida anteacta de cada um é pontilhada de infrações’. (fl. 27). Quanto à reincidência, que por sua vez é circunstância legal ou agravante referida nos artigos 61, I; 63 e 64 do Código Penal, esta foi tratada na segunda fase do método trifásico, nos termos do artigo 68 do estatuto repressivo, razão pela qual inexistente ilegalidade a ser reparada.

Por fim, também não houve o indigitado abuso de discricionariedade pela Corte **a quo**, no que tange à imposição de pena no dobro do mínimo legal cominado ao crime, tendo-se em vista que o órgão fracionário do Tribunal **a quo** considerou de maneira fundamentada, nos termos do artigo 93, IX, da Constituição Federal, a presença de duas circunstâncias judiciais desfavoráveis, assim proclamadas na sentença, ou seja, maus antecedentes e grande quantidade de material entorpecente, por si sós, justificadores da exasperação.

Com efeito, é pacífico o entendimento no sentido de que a quantidade de droga apreendida influi na fixação da pena, conforme se lê da ementa abaixo transcrita, **in verbis**:

‘Ementa: **Habeas corpus**. Tráfico de entorpecentes. Art. 12 c.c. o art. 18 da Lei n. 6.368/1976. Pena-base fixada à vista do art. 59 do CP, acrescida da metade por incidir causa especial de aumento. Inexistência de agravantes e atenuantes.

Na aferição das circunstâncias legais para a fixação da pena, em se tratando de tráfico de entorpecentes, têm poder decisivo a espécie e a quantidade da droga.

Pena-base fixada além do mínimo, motivadamente, com o acréscimo de que trata o inc. III, art. 18 da Lei n. 6.368/1976.

Ordem deferida, em parte, para restabelecer a decisão monocrática, que condenou o réu a 15 anos de reclusão e multa.’ (HC n. 8.926-SP, Rel. Min. José Arnaldo da Fonseca, DJ de 31.5.1999, p. 162).

Assim sendo, não se vê como se possa desconstituir, na via do **habeas corpus**, a decisão que, após analisar as circunstâncias judiciais, fixa a reprimenda dentro dos limites legais e no **quantum** que entende suficiente para a reprovação do crime.”

Voto pelo indeferimento do *writ*.

HABEAS CORPUS N. 11.862 – PA

(Registro n. 2000.0002143-1)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Impetrantes: Luís Francisco da Silva Carvalho Filho e outro
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Pará
Paciente: Bêncaroty Kayapó
Sustentação oral: Luís Francisco da Silva Carvalho Filho (pelo paciente)

EMENTA: **Habeas corpus** originário – Índio – Estupro – Nulidade processual – Revelia – Dosagem da pena – Regime – Lei n. 6.001/1973.

A inquirição de testemunhas sem a presença do réu, declarado

revel no curso da instrução, por não comparecer à audiência para a qual foi intimado, embora tendo justificado sua ausência, constitui nulidade apenas relativa, para cuja decretação se exige reclamação oportuna (CPP, art. 572, III, c.c. o art. 571, I) e comprovação de prejuízo, o que não ocorreu na espécie, tanto mais que os testemunhos colhidos sem a presença do réu em nada influíram na decisão da causa (CPP, art. 566).

O art. 56 da Lei n. 6.001/1973, se destina apenas aos índios em fase de aculturação e não àqueles já completamente integrados à civilização dos brancos. Mesmo assim, a atenuação da pena não pode levá-la para aquém do mínimo cominado (STF, RECR n. 100.319-PR, Rel. Min. Aldir Passarinho, e Súmula n. 231-STJ), somente ensejando o cumprimento em regime de semiliberdade, se possível, não podendo aplicar-se, pois, aos crimes hediondos.”

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar o pedido. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gilson Dipp e Felix Fischer. Ausentes, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal e, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Scartezini.

Brasília-DF, 22 de agosto de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 9.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: A espécie está assim narrada na parte expositiva do parecer do Ministério Público Federal, da lavra da Dra. Zélia Oliveira Gomes (fls. 118/126):

“Cuida-se de **habeas corpus** impetrado em favor de Bêncaroty Kayapó, conhecido como Paulinho Paiakan, em face do v. acórdão da

egrégia Segunda Câmara Penal isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará que, em 17 de dezembro de 1998, à unanimidade, conheceu do recurso de apelação interposto pelo Ministério Público contra a sentença de 1ª grau que o absolvera, provendo-o em parte, para condenar o réu, pelo cometimento do crime previsto no art. 213, c.c. o art. 29 do Código Penal, à pena de 6 (seis) anos de reclusão, por ser indígena reconhecidamente aculturado e integrado à sociedade civilizada, a ser cumprida integralmente em regime fechado.

Objetiva, liminarmente, ‘a suspensão da expedição do mandado de prisão ou o seu recolhimento, até o julgamento final da presente impetração’ e, no mérito, ‘a anulação da ação penal a partir da arbitrária e ilegal decretação da revelia do Paciente’. Alternativamente, requerem a anulação do acórdão do Tribunal de Justiça do Pará, para que outra decisão seja proferida nos termos estabelecidos no Estatuto do Índio.

Alegam, os Impetrantes, que duas nulidades processuais tornam ilegítima a condenação do ora paciente pelo Tribunal de Justiça do Estado do Pará: a) decretação da revelia do Paciente, ante o seu não-comparecimento a uma audiência, quando o mesmo se encontrava preso preventivamente (fls. 4/5), embora em regime de prisão domiciliar, sob vigilância da Funai, encarregada de sua apresentação em Juízo, tendo sido ouvidas testemunhas sem sua presença, o que importa em cerceamento de defesa e, conseqüentemente, nulidade do processo a partir do ato de decretação da revelia; b) que não houve a aplicação do art. 56 da Lei n. 6.001/1973, que determina a atenuação da pena criminal ao índio e o seu cumprimento em regime especial de semiliberdade, ocorrendo, assim, a nulidade do v. acórdão do egrégio Tribunal de Justiça do Pará porque ignorou tal dispositivo da lei especial e determinou o cumprimento da pena imposta ao paciente em regime fechado ‘afastando, sem fundamentação, a incidência da norma legal em vigor’.

Ressalta, o Impetrante, que o Paciente esteve preso preventivamente durante o período compreendido entre 19 de junho de 1992 e 28 de novembro de 1994, em regime de semiliberdade, ‘justamente por força do artigo 56 da Lei n. 6.001/1973’; que o magistrado **a quo** reconheceu, na ocasião, as ‘conseqüências funestas’ que poderiam advir da manutenção do Paciente em estabelecimento prisional comum.

Alega, ainda, que a decisão, ‘além de violar o princípio constitucional da individualização e de ignorar dispositivos expressos na lei especial, assume os contornos de uma autêntica crueldade institucional, de uma verdadeira sentença de morte’.

Requereram, preliminarmente, o apensamento do **Habeas Corpus** n. 9.403, julgado pelo colendo Superior Tribunal de Justiça, onde toda a ação penal originária foi juntada, acrescentando, ainda, que a questão ora suscitada não foi apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do **habeas corpus** ali impetrado, justamente por não ter sido objeto de decisão dessa colenda Corte.

Em informações, a autoridade indigitada coatora justifica que a nulidade decorrente da revelia não foi decretada, à consideração de ser relativa, tendo em vista a atitude superveniente do Paciente de fazer-se presente às demais audiências designadas e sendo o índio perfeitamente integrado à civilização, em regime domiciliar, competia-lhe atender à intimação judicial ou justificar sua ausência; quanto ao art. 56 da Lei n. 6.001, de 1973, diz que este dá sentido abrangente à expressão: ‘a pena será atenuada’ e se a pena-base foi fixada no grau mínimo, tornada definitiva, não havia como lhe conferir atenuante legal, não sendo cabível, por outro lado, aplicação de regime prisional diverso do previsto na Lei n. 8.072/1990, já em vigor na época dos fatos, pois o parágrafo único do art. 56 da Lei n. 6.001, tem caráter de norma em branco, só admitindo o regime especial de semiliberdade, quando possível, ou seja, no casos de crimes não hediondos.”

Com vistas, o Ministério Público Federal pugnou pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): A presente impetração tem como fundamento a nulidade do acórdão prolatado pela Segunda Câmara Penal do Tribunal de Justiça do Pará, pretendendo seja cassado o julgado e prolatada nova decisão.

Pleiteando a reforma do aresto, os Impetrantes alegam que duas nulidades processuais tornaram ilegítima a condenação do ora paciente, quais sejam, a decretação de revelia e o fato de não ter sido aplicada a atenuante prevista no art. 56 da Lei n. 6.001/1973.

Não merece acolhida a súplica.

Transcrevem-se do parecer do Ministério Público Federal, da lavra da ilustre Subprocuradora-Geral da República, Dra. Zélia Oliveira Gomes, estas considerações, as quais adoto como razões de decidir (fls. 121/126), **verbis**:

“(…)

No mérito, todavia, penso que não está a merecer deferimento.

Deveras. De início, vale lembrar que se o réu se encontra em regime de prisão domiciliar, não há necessidade de que o juiz requirite ao órgão encarregado de sua vigilância que o apresente em juízo para participação dos atos processuais, podendo ser pessoalmente notificado por mandado.

Assim, se o índio teve sua prisão preventiva convertida em prisão domiciliar, devendo permanecer na aldeia, embora sob a vigilância da Funai, pode ser pessoalmente notificado para comparecimento à audiência designada pelo juiz do processo, ou intimado de outros atos processuais, sem necessidade da intervenção da Funai, se pessoa já aculturada.

Doutro lado, não se desconhece que se o acusado, devidamente notificado para comparecer a determinado ato, deixa de fazê-lo justificadamente, apresentando, inclusive, atestado médico registrando o padecimento de enfermidade pela qual deve guardar repouso, sem evidência de mendacidade de tal atestação, não há espaço para a decretação de sua revelia (art. 367 do Código de Processo Penal), pelo que, despacho judicial que assim determina seria, em princípio, abusivo, podendo invalidar os atos praticados após tal decisão.

Ocorre, todavia, que tal vício, ocorrendo após o interrogatório, é daqueles que geram nulidade apenas relativa, para cuja decretação se exige reclamação oportuna e demonstração de prejuízo à defesa, em atenção ao princípio *pas de nullité sans grief*.

No caso dos autos, verifica-se que, de fato, o Acusado, devidamente notificado para comparecer à audiência designada para o dia 26 de maio de 1993 (fl. 364 dos autos em apenso), justificou sua impossibilidade de comparecer ao ato (fls. 366/367, 375/376 e 382/383 dos apensos), pedindo o adiamento da audiência, justificativa esta desacolhida pelo juiz, à consideração de que a enfermidade acometida ao

Paciente não o impedia de se locomover, tendo decretado sua revelia e ouvido as testemunhas arroladas pela defesa, além de revogar a prisão domiciliar (fls. 368v. e 377/378 dos apensos).

Ocorre que, em nenhum momento, foi alegada qualquer nulidade por conta da ouvida das testemunhas sem a presença do réu, como se pode ver do termo de assentada de fls. 377/378, do recurso em sentido estrito de fls. 390/391, do pedido de **habeas corpus** de fls. 401/403, ou das alegações finais de fls. 442/451 (todas dos autos em apenso), momento este em que todas as nulidades ocorridas durante a instrução haveriam de ser argüidas, nos termos do art. 571 do Código de Processo Penal.

Desse modo, preclusa se encontra a matéria (art. 572 do Código de Processo Penal).

Considere-se, mais, que segundo decisão de fl. 456v. (dos apensos), foi reconsiderado o despacho que decretou a revelia, voltando o Réu a comparecer aos atos processuais.

Doutro lado, não se demonstra qualquer prejuízo advindo da inquirição das três testemunhas sem a presença do Réu, mas presente sua defensora que, inclusive, fez perguntas, certo ainda que todas elas não demonstraram ter qualquer conhecimento a respeito do fato em si, tendo-se limitado a relatar os procedimentos feitos quando examinaram a vítima, pois foram os médicos que realizaram a perícia.

Além disso, o acórdão proferido no recurso de apelação interposto pelo Ministério Público contra a sentença que absolveu o Réu, ao condená-lo, sequer fez referência àqueles depoimentos (fls. 585/591 dos apensos), daí sua total irrelevância para o deslinde da questão, sendo de se aplicar, à espécie, a regra do art. 566 do Código de Processo Penal, segundo a qual não se declara a nulidade do ato processual que não tenha influído na decisão da causa.

Quanto à alegada nulidade do acórdão, por não ter aplicado a norma prevista no art. 56 e parágrafo único, da Lei n. 6.001/1973, também não merece acolhida.

Vale lembrar, de início, que o alegado dispositivo se destina ao silvícola em fase de aculturação, tanto que manda o juiz atentar para o grau de integração do silvícola. Não se destina, pois, ao índio já integrado (STF, RECR n. 97.064-9-AM, Rel. Min. Néri da Silveira).

Ademais, prevê, no seu **caput**, a atenuação da pena na hipótese de condenação de índio por infração penal.

A atenuante, todavia, é de caráter genérico e, por isso mesmo, não autoriza a fixação da pena aquém do mínimo legal previsto pelo legislador para o fato típico, como não poderia ultrapassar o máximo estipulado, em concorrendo circunstâncias agravantes genéricas, conforme remansosa jurisprudência oriunda de nossos tribunais, inclusive das mais altas Cortes.

Confira, a propósito, decisão do Supremo Tribunal Federal:

‘RECR n. 100.319-PR

Relator: Ministro Aldir Passarinho

Publicação: DJ de 15.6.1984, p. 9.798, Ement. Vol. 1.340-05, p. 868

Julgamento: 30.3.1984 – Segunda Turma

Ementa

Criminal. Crimes cometidos por índia: latrocínio e ocultação de cadáver. Fixação das penas no grau mínimo. Execução: regime de semiliberdade.

Tendo a pena sido fixada no grau mínimo, já foi considerada a situação da Ré ante o disposto no art. 56 do Estatuto do Índio, com a atenuação da pena que, porém, não pode ser inferior ao mínimo.

Referentemente à pretensão de ficar a ré em regime de semiliberdade, no local de funcionamento de repartição federal de proteção aos índios é questão que se situa no âmbito de decisão do juiz de execuções criminais, que deverá, portanto, deliberar a respeito.’ (nosso o destaque).

A matéria, aliás, no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, já se encontra condensada na Súmula n. 231, assim ementada:

‘A incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.’

No caso, ainda que se afastasse a hipótese de ser o Réu pessoa já integrada na civilização estranha à sua raça, devidamente reconhecido pelo acórdão impugnado e já confirmado por esse Pretório (HC n. 9.403-PA, em apenso), e o considerasse índio para todos os efeitos

penais, a circunstância não poderia influir na dosagem da pena, pois já fixada no mínimo legal cominado para o tipo penal previsto no art. 213 do estatuto penal – seis anos.

Quanto à norma do parágrafo único, que trata do regime prisional, especial de semiliberdade, o próprio dispositivo já cuida de afastar sua incidência no caso sob exame.

É que, segundo dele se infere, o regime de semiliberdade será aplicado ao índio, se possível, o que, a toda evidência, somente ocorre se o crime pelo qual for condenado o permitir. Não, todavia, se lei especial não admite outra forma de desconto da pena, senão em regime integralmente fechado.

No caso, o Paciente foi condenado pelo cometimento de crime hediondo – art. 213 do Código Penal, com violência real – pelo que, segundo norma prevista no art. 2º, § 1º, da Lei n. 8.072/1990, deve ser cumprido em regime integralmente fechado.

Doutro lado, se o paciente, embora nascido de indígena, foi tido como pessoa perfeitamente aculturada, mostrando-se completamente integrado à cultura dos brancos, sendo eleitor, com habilitação para dirigir veículo automotor, operador em instituições financeiras, etc., demonstrando perfeito entendimento dos fatos, não necessitando sequer de tutela da Funai, conforme decidido no v. acórdão proferido no HC n. 9.403-PA (fls. 668 e 669 dos autos em apenso), penso que sequer teria direito, em tese, ao benefício previsto no art. 56, parágrafo único, da Lei n. 6.001/1973, certo que o acórdão da Suprema Corte colacionado pelo Impetrante (fl. 10) fala em índio em vias de integração e o Paciente, a toda evidência, já é totalmente aculturado.”

De inteira procedência esse posicionamento, pelo que, acolhendo-o, denego a ordem.

É o meu voto.

HABEAS CORPUS N. 12.611 – PR

(Registro n. 2000.0023336-6)

Relator: Ministro Jorge Scartezzini

Impetrantes: José Aparecido Borges dos Santos e outro
Impetrada: Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná
Paciente: Edilaudo Machado da Cruz

EMENTA: Processo Penal – Sentença de pronúncia – Intimação pessoal – Recurso em sentido estrito – Exigência legal – Nulidade configurada.

– Dispõe o **caput** do art. 413 do Código de Processo Penal, que “o processo não prosseguirá até que seja intimado da sentença de pronúncia”; por sua vez, dispõe o art. 414 do mesmo código que “a intimação da sentença de pronúncia, se o crime for inafiançável, será feita ao réu pessoalmente”. Vê-se que a lei prevê a intimação do pronunciado, como requisito para o prosseguimento do processo. “Ocorre que, no caso, apenas o defensor foi intimado da sentença de pronúncia, seguindo-se que a não-intimação do paciente, ainda que revel, como previsto no citado art. 413, implica em nulidade do julgamento do recurso em sentido estrito, porque o processo deveria estar com seu curso suspenso”.

– Precedentes do STF.

– Ordem concedida para anular o v. Acórdão n. 8.380, proferido pela Primeira Câmara do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no recurso em sentido estrito interposto, mantendo-se o mandado de prisão expedido em desfavor do paciente e providenciando-se as diligências necessárias para sua intimação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça em, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem para anular o Acórdão n. 8.380, proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no recurso em sentido estrito interposto, mantendo-se o mandado de prisão expedido em desfavor do paciente e providenciando-se as diligências necessárias para sua intimação. Votaram com o Sr. Ministro-Relator os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp.

Brasília-DF, 13 de fevereiro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Jorge Scartezzini, Relator.

Publicado no DJ de 4.6.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini: Cuida-se de **habeas corpus** impetrado por José Aparecido Borges dos Santos e Wanderson Moreira Elizário em benefício de Edilaudo Machado da Cruz, contra decisão da Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que, por unanimidade, *negou provimento a recurso em sentido estrito ali, interposto*, nos termos da seguinte ementa (fl. 60):

“**Habeas corpus.** Prisão preventiva devidamente justificada e bem fundamentada. Paciente acusado de crime gravíssimo e considerado hediondo (homicídio qualificado – artigo 121, § 2º, incisos I e IV, do Código Penal). Inteligência da Lei n. 8.930/1994.

Ordem denegada.”

Consta dos autos que o Paciente foi pronunciado como incurso no art. 121, § 2º, I e IV, c.c. art. 14, II, ambos do Código Penal e atualmente encontra-se em lugar incerto e não sabido. Em razão disso, o seu defensor interpôs recurso em sentido estrito, objetivando a exclusão de qualificadoras. Tal recurso foi desprovido.

Daí o presente *writ*, onde os Impetrantes sustentam, em síntese, que a decisão recorrida se encontra eivada de nulidade absoluta, em razão da ausência de intimação do Paciente da sentença de pronúncia.

Requerida medida liminar, esta foi negada à fl. 55.

Solicitadas as informações de praxe, as mesmas vieram aos autos à fl. 59.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 70/73, opina pela concessão da ordem, entendendo que o julgamento de recurso em sentido estrito sem a efetiva intimação pessoal do Paciente acarreta nulidade absoluta.

Após, vieram-me conclusos os autos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Jorge Scartezzini (Relator): O presente **habeas corpus** objetiva seja declarado nulo o julgamento do recurso em sentido estrito interposto perante a Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em virtude da inexistência de intimação pessoal ao Paciente, pronunciado como incurso no art. 121, § 2^a, incisos I e IV, c.c. o art. 14, II, do Código Penal Brasileiro.

Como se depreende da certidão de fl. 36, o Paciente foi pronunciado em 26.9.1995, tendo-lhe sido decretada a prisão preventiva. Expedido o mandado de intimação da sentença de pronúncia, não foi possível o Paciente ser intimado pessoalmente, como preconiza o art. 414 do CPP, em razão de *encontrar-se em lugar incerto e não sabido*.

Apesar disso, a defesa interpôs recurso em sentido estrito, que, julgado, foi-lhe negado provimento, consoante decisão proferida no acórdão ora impugnado, mantendo-se, porém, a prisão preventiva por devidamente justificada e bem fundamentada.

Analisando a questão, entendo que o recurso em sentido estrito interposto não poderia sequer ser recebido, por lhe faltar requisito essencial de admissibilidade consubstanciado na intimação pessoal do acusado. Tal procedimento é *indispensável* ao andamento do processo, consoante preconizam os arts. 413 e 414 do CPP:

“Art. 413. O processo não prosseguirá até que o réu seja intimado da sentença de pronúncia.

Art. 414. A intimação da sentença de pronúncia, se o crime for inafiançável, será feita ao réu *pessoalmente*.”

Em face do dispositivo da Constituição Federal, que garante aos acusados ampla defesa, com os recursos a ela inerentes, a exegese aos aludidos dispositivos tem merecido interpretação ampliativa e nunca restritiva. Assim tem entendido o colendo Supremo Tribunal Federal, consoante precisamente asseverado pelo ilustre Ministro Maurício Corrêa, por ocasião do julgamento do HC n. 73.670-SP, do qual destaco:

“Dispõe o **caput** do art. 413 do Código de Processo Penal que ‘o processo não prosseguirá até que seja intimado da sentença de pronúncia’; por sua vez, dispõe o art. 414 do mesmo código que ‘a intimação da sentença de pronúncia, se o crime for inafiançável, será feita ao réu pessoalmente’.

Vê-se que a lei prevê a intimação do pronunciado, como requisito para o prosseguimento do processo. *Ocorre que, no caso, apenas o defensor foi intimado da sentença de pronúncia, seguindo-se que a não-intimação do paciente, ainda que revel, como previsto no citado art. 413, implica em nulidade do julgamento do recurso em sentido estrito, porque o processo deveria estar com seu curso suspenso.*” (grifei).

Assim, tem-se que com a determinação expressa do CPP consoante os dispositivos citados, *o processo deve ficar suspenso até a intimação do pronunciamento.* Em conseqüência, os atos praticados no período que medeia entre a prolação da sentença de pronúncia e a intimação do pronunciado são alvos de nulidade cominada pelo art. 564, III, letra o, do CPP, que preceitua:

“Art. 564. A nulidade ocorrerá nos seguintes casos:

I – **Omissis...**

II – **Omissis...**

III – por falta das fórmulas ou dos termos seguintes:

o) a intimação, nas condições estabelecidas pela lei, para ciência de sentença e despachos de que caiba recurso;”

Destarte, estando o Paciente respondendo a processo por crime inafiançável para que haja possibilidade de conhecimento e julgamento do recurso interposto, faz-se necessária a intimação pessoal da pronúncia para que o processo tenha regular prosseguimento.

Por tais fundamentos, *concedo parcialmente a ordem, para anular o Acórdão n. 8.380, proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, no recurso em sentido estrito interposto, mantendo-se o mandado de prisão expedido em desfavor do Paciente e providenciando-se as diligências necessárias para sua intimação.*

É como voto.

HABEAS CORPUS N. 12.816 – SP

(Registro n. 2000.0032715-8)

Relator: Ministro Edson Vidigal

Impetrante: Luís Carlos Rocha Guimarães
Impetrado: Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo
Paciente: Adriano Carneiro da Silva

EMENTA: Processual Penal – Suspensão do processo (CPP, art. 366) – Produção antecipada de prova testemunhal – Urgência.

1. Havendo fundado receio de que a demora e incerteza quanto ao comparecimento do réu possam determinar o perecimento da prova testemunhal, caracterizada está a urgência.

2. **Habeas corpus conhecido. Pedido indeferido.**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir o pedido. Votaram com o Relator os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 5 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 5.2.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Conforme narra a denúncia, Adriano Carneiro da Silva, Marco Antônio Marcelino Leite e Patrício Alves Augusto teriam subtraído, mediante grave ameaça exercida com o emprego de arma de fogo, um veículo, em 26 de maio de 1997.

Denunciados por suposta prática de roubo qualificado (CP, art. 157, § 2º, I e II), por se encontrar foragido, determinou o Juiz a suspensão do processo com relação a Adriano, determinando, entretanto, a produção antecipada de provas.

A Procuradoria Geral do Estado de São Paulo impetrou **habeas corpus** perante o Tribunal de Alçada, reclamando a impossibilidade de tal

determinação de ofício pelo Juiz, bem como ofensa ao princípio da ampla defesa.

Como a ordem foi negada, foi impetrado este novo **habeas corpus**, como substitutivo do recurso ordinário próprio.

Sustenta a Procuradoria que a antecipação de prova é medida de exceção, devendo ser analisada e justificada caso a caso e, não utilizada de modo genérico, com a simples menção que a prova oral possa ser prejudicada.

Informações prestadas às fls. 57/87.

O Ministério Público é pelo indeferimento da ordem (fls. 89/92).

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, diz o Código de Processo Penal, em seu art. 366:

“Art. 366. Se o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional, podendo o juiz determinar a produção antecipada das provas consideradas urgentes e, se for o caso, decretar prisão preventiva, nos termos do disposto no art. 312.”

Portanto, compete ao juiz determinar a realização antecipada da prova, independentemente de qualquer pedido por parte do órgão acusatório, bastando para isso que entenda pela efetiva urgência e necessidade, verificando se existe ou não risco real de impossibilidade da sua produção **a posteriori**.

Diante de tal contexto, na busca pela verdade real, deve o Magistrado assegurar a realização da prova, a fim de garantir eventual aplicação futura da lei penal.

Para determinar a produção antecipada da prova oral, a Corte **a quo** apresentou a seguinte fundamentação:

“Observa-se, que devidamente justificada está a decisão, visto que o feito prosseguirá em relação aos demais réus, evitando-se, dessa maneira, que o tempo transforme-se em um benefício para o réu com a

possibilidade de que as testemunhas não sejam mais localizadas ou esqueçam de detalhes importantes sobre o ocorrido, mesmo porque, da data do fato, já se passaram mais de dois anos, caracterizando, assim o **periculum in mora**.

Referido ato não causou qualquer prejuízo ao Acusado porque durante a instrução será assistido por advogado e, encerrada a mesma, ocorrerá a suspensão do feito com relação a ele. O mérito da prova produzida só será julgado quando comparecer ao processo ou constituir defensor.

Por seu turno, não existe impedimento legal quanto à determinação de ofício da produção antecipada de prova, sem prévia manifestação ministerial, face à revelia do réu.

(...) Ademais, é incumbência do juiz verificar a conveniência e a oportunidade da medida, ainda que tenha sido requerida pelo Ministério Público.

(...) Para que não impere a impunidade e havendo disposição expressa sobre a possibilidade da antecipação das provas consideradas urgentes não se tem dúvidas em considerar a prova oral como incluída dentre aquelas que têm caráter de urgência. Fácil é imaginar que o decurso do tempo pode tornar difícil a reprodução das palavras sobre um fato distante. Melhor seria reproduzido, em momento próximo ao acontecimento.

A memorização sobre um determinado fato nem sempre se eterniza e por isso há necessidade de que se abrevie o tempo para ouvida das testemunhas, evitando efetivo prejuízo à apuração da verdade sobre determinado fato.

O Código de Processo Penal em seus arts. 92 e 93 faz referência a inquirição das testemunhas entre provas de natureza urgente, o mesmo se observando no art. 225 do mesmo estatuto, com base no receio de que ao tempo da instrução criminal já não exista a testemunha ou até mesmo a lembrança sobre os fatos.”

Portanto, apresentada a devida fundamentação para a determinação da produção antecipada da prova oral, não há falar-se em constrangimento ilegal.

Por oportuno, cito o seguinte precedente do qual fui Relator:

“Penal. Processual Penal. Suspensão do processo (CPP, art. 366). Produção antecipada de prova testemunhal. Urgência. Recurso especial.

1. Havendo fundado receio de que a demora e incerteza quanto ao comparecimento do réu possam determinar o perecimento da prova testemunhal, caracterizada está a urgência.

2. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, não provido.” (REsp n. 201.332-DF, DJ de 12.6.2000).

Assim, conheço do **habeas corpus**, mas indefiro o pedido.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 13.342 – SP

(Registro n. 2000.0050075-5)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Impetrante: Basílio Chaves Neves
Procuradores: Clayton Alfredo Nunes e outros
Impetrada: Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Paciente: Basílio Chaves Neves

EMENTA: Processo Penal – **Habeas corpus** – Livramento condicional – Cometimento de nova infração – Revogação – CP, art. 86 – Aplicação da Lei n. 9.714/1998.

1. A condenação à pena privativa de liberdade, mediante sentença irrecorrível, por crime cometido durante a vigência do livramento condicional, é causa obrigatória da revogação do benefício.

2. Considerada inviável a substituição da pena privativa de liberdade, na última condenação, por restrita de direitos, por não preencher o ora paciente os requisitos legais, inviável faz-se a análise do pleito nesta via constitucional, posto não ser possível o exame aprofundado de questões fáticas controvertidas.

3. Pedido de **habeas corpus** parcialmente conhecido e, nessa parte, indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do **habeas corpus** e, nessa parte, indeferir o pedido. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp e Jorge Scartezzini. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca.

Brasília-DF, 7 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 5.3.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Em virtude de duas condenações por homicídio qualificado, Basílio Chaves Neves foi condenado a uma pena total de quinze anos.

Após ter cumprido mais de um terço das penas, com ótima conduta carcerária, foi a ele concedido o livramento condicional, cujo período de prova terminaria em 23.8.1997.

Todavia, em maio de 1995, sobreveio nova condenação, a seis meses e vinte dias de detenção, por prática de porte de entorpecentes (Lei n. 6.368/1976, art. 16). A sentença transitou em julgado em 22.9.1995.

Em virtude do cometimento de nova infração durante o livramento condicional, que resultou em decreto condenando Basílio a nova pena restritiva de liberdade, o Juízo da Vara das Execuções Penais, em decisão proferida em 20 de outubro de 1997, considerando que o prazo de prova fora automaticamente prorrogado, determinou a revogação do benefício.

A Procuradoria do Estado de São Paulo impetrou **habeas corpus**, reclamando primeiramente o direito do Paciente ter substituída a pena privativa de liberdade que lhe foi aplicada pelo último delito por outra substitutiva de direito, com a incidência da Lei n. 9.714/1998, evitando-se, assim, a revogação obrigatória do benefício. Subsidiariamente, requereu a declaração da nulidade da decisão que revogou a liberdade provisória do Paciente, na medida em que foi proferida quando já havia terminado o período de provas.

A ordem foi negada pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que assim fundamentou a sua decisão:

“(...) a vida pregressa do sentenciado que não se enquadra nas condições elencadas no artigo 44 do Código Penal, com a redação dada pela Lei n. 9.714/1998, e que, portanto, não lhe faculta, a substituição da pena privativa de liberdade, pela restritiva de direitos, não pode ser revista na via estreita do **habeas corpus**.

De outra parte, a decisão da autoridade coatora em prorrogar o estágio probatório e posteriormente revogar o livramento condicional guarda perfeita conformidade com o que dispõe o Código Penal, artigo 86, inciso I. Além disso, a rigor do que estatui o artigo 89 do mesmo código, não poderia a autoridade coatora declarar extinta a pena enquanto não passasse em julgado a sentença em processo que responde o liberado, por crime cometido na vigência do livramento condicional.”

Nesta impetração, os argumentos deduzidos perante o Tribunal Estadual são reiterados, destacando o Impetrante o fato do Paciente ter cumprido integralmente todas as condições do benefício, bem como a última pena, por porte de entorpecente, no regime aberto, conforme lhe foi imposto. Reclamando o fato dele não ter sido intimado, por nenhum momento de qualquer prorrogação automática do benefício, sustenta que a decisão de prorrogação e revogação do livramento condicional ocorreu quando não mais existia período de prova e nem pena pelo Feito n. 33/1994 (última condenação).

Compelido, em 1998, a retornar a uma cadeia pública, postulou o Paciente reconsideração por diversas vezes, sem obter êxito. Pelo que, entendendo tratar-se de efetivo constrangimento ilegal, evadiu-se do estabelecimento penitenciário, passando a viver na clandestinidade.

Informações prestadas às fls. 60/151.

Manifesta-se a ilustre Subprocuradora-Geral pelo indeferimento do pedido (fls. 153/157).

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, em que pesem os argumentos expendidos pelo Procurador Estadual, o comando do Código Penal é categórico:

“Art. 86. Revoga-se o livramento, se o liberado vem a ser condenado a pena privativa de liberdade, em sentença irrecorrível.

I – por crime cometido durante a vigência do benefício;”

Assim, como o período do benefício só iria terminar em 28.3.1997, com a superveniência de condenação por novo delito em 1995 – ainda no prazo do livramento condicional –, era de rigor a revogação do benefício, na medida em que ocorreu uma causa obrigatória.

Por conseguinte, apesar da decisão ter ocorrido somente em 20.10.1997, agiu corretamente o magistrado, já que não poderia de forma alguma ter considerado como devidamente cumprido o livramento condicional e, conseqüentemente, julgado extinta a pena privativa de liberdade do ora paciente.

E, segundo consta do acórdão proferido pela Corte **a quo**, para justificar a demora na análise da situação de Basílio, esclareceu o Juiz da Vara de Execuções Criminais de Santos-SP que as execuções relativas às duas primeiras condenações foram remetidas à Vara de Execuções da Capital, em razão do Paciente ter sido recolhido na Penitenciária de Pirajuí, sendo que somente com o retorno dos autos que possível a revogação do livramento condicional, considerado automaticamente prorrogado pela instauração da última Ação Penal n. 33/1994, na Comarca do Guarujá-SP.

Assim, tendo em vista que a decisão do magistrado está em perfeita consonância com os ditames legais, não há falar-se em constrangimento, nesse particular.

Em segundo ponto, busca-se a substituição da pena privativa de liberdade aplicada ao último delito (porte de entorpecentes) por pena restritiva de direito, de forma a evitar a revogação obrigatória do livramento condicional.

Do acórdão reclamado, verifica-se que a aplicação da Lei n. 9.714/1998 foi indeferida, em face do entendimento de que Basílio não possui os requisitos necessários para a substituição da pena.

Por conseguinte, para se concluir de forma contrária, como ora se requer, imprescindível seria o aprofundado exame de questões fáticas controvertidas, o que não se admite nesta via constitucional.

Assim, conheço parcialmente do **habeas corpus** e, nessa parte, indefiro o pedido.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 14.958 – MG

(Registro n. 2000.0123624-5)

Relator: Ministro Edson Vidigal
Impetrante: José Carlos de Araújo Cunha
Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais
Paciente: Ludiwig Von Klaus Dovik Gischewiski

EMENTA: Processual – Injúria – **Propter officium** – Legitimidade ativa **ad causam** – Crime de imprensa – Não-ocorrência.

1. Em caso de ofensa **propter officium**, a legitimidade para a instauração da ação penal encontra-se a cargo tanto do Ministério Público como do próprio ofendido.

2. Como o suposto crime contra a honra foi praticado por meio comum, vindo a ser divulgado como notícia de jornal apenas posteriormente, não há falar-se em crime de imprensa.

3. **Habeas corpus** conhecido. Pedido indeferido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, indeferir o pedido. Votaram com o Relator, os Srs. Ministros José Arnaldo da Fonseca, Felix Fischer e Gilson Dipp. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília-DF, 3 de maio de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Edson Vidigal, Relator.

Publicado no DJ de 13.8.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Sentindo-se injuriado por matéria publicada em jornal, o Deputado Dilzon Melo apresentou queixa-crime

contra o Prefeito de Boa Esperança-MG, cujas declarações serviram de base para a realização da matéria jornalística.

O Tribunal de Justiça de Minas Gerais entendeu pela procedência do pedido, condenando o Prefeito a dez dias-multa no valor de um salário mínimo mensal (CP, art. 140 c.c. art. 141, inciso III). Leio a ementa:

“Processo-crime de competência originária. Injúria. Palavras ofensivas da dignidade e do decoro. Ação penal. Legitimação concorrente do funcionário ofendido e do Ministério Público. Procedência da queixa-crime.”

Neste **habeas corpus**, busca-se a declaração de nulidade do processo.

Sustenta o Advogado-impetrante ilegitimidade ativa, considerando tratar-se de ação pública condicionada à representação do ofendido.

Por outro lado, como o objeto da ação diz respeito a uma matéria de jornal, afirma violação às regras processuais da Lei de Imprensa, já que a conduta foi tratada como crime comum.

Informações prestadas às fls. 164/243.

Manifesta-se o Ministério Público Federal pela denegação da ordem (fls. 245/250).

Relatei.

VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Sr. Presidente, o Paciente foi condenado sob a acusação de injúria, em virtude da seguinte declaração, posteriormente publicada em jornais locais:

“Isso é uma aberração, uma pouca vergonha. Ele fundou a Acofab para desviar recursos de subvenção.”

Portanto, como o suposto crime contra a honra foi praticado por meio comum, vindo a ser divulgado como notícia de jornal apenas posteriormente, não há falar-se em crime de imprensa.

Quanto à legitimidade ativa **ad causam**, efetivamente assim dispõe o Código Penal:

“Art. 145. Nos crimes previstos neste capítulo (Dos Crimes contra a Honra) somente se procede mediante queixa, salvo quando, no caso do art. 140, § 2º, da violência resulta lesão corporal.

Parágrafo único. Procede-se mediante requisição do Ministro da Justiça, no caso do n. I do art. 141, e mediante representação do ofendido, no caso do n. II do mesmo artigo.”

Daí sustentar o Impetrante que o ofendido, na qualidade de deputado estadual, tendo sido supostamente ofendido em razão das suas funções, a ação só poderia ter sido instaurada pelo Ministério Público, mediante representação.

Em sessão plenária, por ocasião do julgamento do AGRRINQ n. 726, o Supremo Tribunal Federal, destacando o manto constitucional da inviolabilidade da honra (art. 5º, X), bem como a regra geral dos crimes contra a honra serem processados mediante ação privada, consignou que, em caso do ofendido ser funcionário público **propter officium**, a legitimidade para a instauração da ação penal encontra-se tanto a cargo do ofendido, que não pode ter o seu direito restringido tão-somente em razão das suas atribuições, como do Ministério Público, mediante ação penal condicionada.

Leio a ementa do julgado, da lavra do eminente Ministro Sepúlveda Pertence:

“Ação penal: legitimação alternativa do Ministério Público e do ofendido **propter officium**: interpretação do art. 145, parágrafo único, CP, e do art. 40, I, b, da Lei de Imprensa, conforme o art. 5º, X, da Constituição.

1. Se a regra geral para a tutela penal da honra é a ação privada, compreende-se, não obstante, que, para desonerar, dos seus custos e incômodos, o funcionário ofendido em razão da função, o Estado, por ele provocado, assumira a iniciativa da repressão da ofensa delituosa, o que não se compreende, porém, é que só por ser funcionário e ter sido moralmente agredido em função do exercício do cargo público – o que não ilide o dano a sua honrabilidade pessoal –, mas tenha de submeter previamente a sua pretensão de demandar a punição do ofensor ao juízo do Ministério Público.

2. Por isso, a admissão da ação penal pública quando se cuida de ofensa **propter officium**, para conformar-se à Constituição (art. 5º, X),

há de ser entendida como alternativa à disposição do ofendido, jamais como privação do seu direito de queixa.

3. Conseqüente revisão de jurisprudência mais recente do Tribunal, para o restabelecimento de precedentes (v.g. APCR n. 932, 12.4.1924 – caso Epitácio Pessoa – Rel. Geminiano da Franca; RE n. 57.729, 2.4.1965, Hahnemann Guimarães, RTJ 32/586), não só por seus fundamentos persistentes, mas também pelo advento do art. 5^o, X, da vigente Constituição da República.

4. Conclusão pela legitimação concorrente do Ministério Público ou do ofendido, independentemente de as ofensas, desde que **propter officium**, ou a propositura da conseqüente ação penal serem, ou não, contemporâneas ou posteriores a investidura do ofendido.”

E este egrégio Superior Tribunal de Justiça vem acompanhando o mesmo entendimento, Ministro Felix Fischer:

“No questionamento acerca da **persecutio** envolvendo eventual ofensa **propter officium**, admite-se a legitimidade concorrente tanto do ofendido, para promover a ação penal privada, como do *Parquet*, para a ação pública condicionada” (RHC n. 7.516-PR, DJ de 19.10.1999).

Ministro Vicente Leal:

“Penal. Processual Penal. Ação penal. Queixa-crime. Crime de difamação. Legitimidade para a ação penal. Ação penal privada. Competência. Crime formal. Foro do domicílio do réu. Alegação de atipicidade do fato. Ausência do elemento subjetivo do tipo. Exame de prova. Improriedade.

– O dogma constitucional que institui o direito à inviolabilidade da honra, inscrito no inciso X do artigo 5^o da CF/1988, de natureza personalíssima, não pode ser restringido por força de dispositivo material, que confere exclusivamente ao Ministério Público o monopólio da tutela penal da honra de funcionário público **propter officium**, em ação penal pública condicionada à representação.

– Em razão do mencionado preceito, é inafastável a tese da legitimidade do ofendido, mesmo funcionário público, na tutela do direito a sua honra, na formulação de queixa-crime, promovendo ação

penal privada concorrentemente à competência do Ministério Público (...) (RHC n. 9.563-SP, DJ de 19.2.2001).

Pelo que, conheço do **habeas corpus**, mas indefiro o pedido.

É o voto.

RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 10.349 – SP

(Registro n. 2000.0074207-4)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrentes: Reginaldo Araújo e outros
Advogado: Humberto Fernandes Canicoba
Recorrido: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo
Pacientes: Reginaldo Araújo, Carlos Alberto Silva e Fernando Maciel da Silva (presos)

EMENTA: RHC – Impetração de **habeas corpus** à alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo na instrução criminal – Denegação – Impetração, em momento posterior, de novo *writ* – Possibilidade – Nova situação fática.

Na hipótese de alegação de excesso de prazo na instrução criminal, acarretando cerceamento à liberdade, é possível a reiteração de impetração de **habeas corpus**, se persistir a demora injustificada na conclusão do feito.

O fato de o segundo **habeas corpus** ser impetrado em momento temporal diverso enseja o reconhecimento de diferente situação fática, a justificar o conhecimento da nova súplica. O alegado excesso de prazo, outrora inexistente, poderá agora estar configurado, impondo a apreciação do novo *writ*.

Recurso provido para reformar o acórdão recorrido e determinar que o Tribunal aprecie o mérito do **mandamus**.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos

e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso para reformar o acórdão recorrido e determinar que o Tribunal aprecie o mérito do **mandamus**. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 5 de setembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

Publicado no DJ de 9.10.2000.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca: Trata-se de recurso ordinário em **habeas corpus**, interposto em favor dos pacientes Reginaldo Araújo, Carlos Alberto Silva e Fernando Maciel da Silva, em face de v. acórdão proferido pela egrégia Terceira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que não conheceu **habeas corpus** ali impetrado, ao fundamento de que se tratava de mera reiteração de pedido anterior, referente a excesso de prazo na custódia cautelar.

Sustentam os Recorrentes a possibilidade de impetração de novo **habeas corpus**, em hipótese como a ilustrada **in casu**, onde há excesso de prazo, contaminando a prisão cautelar.

Contra-razões do *Parquet* Estadual às fls. 90/94.

Processado o recurso, subiram os autos a esta Instância.

Ouvido, o Ministério Público Federal opinou pelo provimento do apelo, reportando-se aos termos do parecer exarado nos autos do RHC n. 10.298-SP, onde figurou como recorrente Sérgio Roberto Ribeiro, co-réu na mesma ação penal a que respondem os ora pacientes.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca (Relator): A matéria aqui versada é idêntica à tratada nos autos do RHC n. 10.298-SP, onde figurou como recorrente Sérgio Roberto Ribeiro, co-réu na mesma ação penal a que respondem os ora pacientes.

Em assentada de 22 de agosto último, esta Quinta Turma, por mim conduzida, deu provimento ao recurso para reformar o acórdão recorrido e determinar que o Tribunal **a quo** aprecie o mérito do **mandamus**.

Eis o voto-condutor do aresto, de minha lavra:

“Ao se pronunciar pelo provimento do recurso, obtemperou o ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Arx Tourinho, à fl. 93, **verbis**:

‘No mérito, assiste razão ao Paciente.

É certo que não se admite reiteração de **habeas corpus**, quando estão presentes os mesmos fatos, as mesmas circunstâncias, a mesma fundamentação e a mesma argumentação.

No caso **sub judice**, no entanto, tal não se observa, porque se trata de fundamentação referente a excesso de prazo no cerceamento cautelar da liberdade.

A razão, a nosso ver, é simples. A segunda ordem, impetrada em momento temporal diverso da primeira, faz referência, obviamente, a um tempo maior de encarceramento. Esse fato já é suficiente para distinguir as duas ordens impetradas, afastando a idéia de mera reiteração. Há outro enquadramento fático.

No ponto, já se decidiu:

‘**Habeas corpus**. Coisa julgada. O **habeas corpus** é imune à preclusão maior. Possível é a impetração ainda que o pano de fundo versado tenha sido objeto de análise em **habeas corpus** anterior, desde que configurado um novo enquadramento e, portanto, causa de pedir com contornos próprios.’ (STF, Rel. Min. Marco Aurélio, Segunda Turma, AgRg no Ag n. 20.265-DF, DJU de 27.3.1998).

Inexistindo ilegalidade flagrante **ictu oculi**, ensejando conhecimento e deferimento **ex officio** da ordem almejada, e, nessa hipótese, para que não ocorra supressão de instância, o **mandamus** deve retornar ao Tribunal **a quo**, para receber o julgamento de mérito pertinente.’

Correto esse posicionamento.

Com efeito, suponhamos que seja impetrado **habeas corpus** em favor de alguém sob alegação de constrangimento ilegal por excesso de prazo e o Judiciário denegue a ordem por entender inexistente tal

excesso naquele determinado momento. Suponhamos, ainda, que a demora na instrução criminal continue de modo que, em momento posterior, reste realmente caracterizado o excesso de prazo na formação da culpa. Nessa hipótese, impetrada nova ordem de **habeas corpus** por excesso de prazo, poderá o Judiciário deixar de conhecer da impetração alegando tratar-se de mera reiteração de pedido? Obviamente que não, eis que o alegado excesso, outrora inexistente, agora estaria configurado, impondo a apreciação do novo *writ*. É dizer, o fato de o segundo **habeas corpus** ser impetrado em momento temporal diverso enseja o reconhecimento de diferente situação fática, a justificar o conhecimento da nova súplica.

Assim, não poderia o Tribunal **a quo**, no caso dos autos, negar conhecimento à segunda impetração, porque deduzida em momento posterior e em situação fática diversa.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso para reformar o acórdão recorrido e determinar que o Tribunal aprecie o mérito do **mandamus**.”

Sendo idêntica a hipótese, dou provimento ao recurso para reformar o acórdão recorrido e determinar que o Tribunal **a quo** aprecie o mérito do **mandamus**.

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 11.679 – PE

(Registro n. 2000.0019522-7)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: Rogério Cadete da Silva
Advogados: Adolfo Moury Fernandes e outros
Tribunal de origem: Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco
Impetrado: Comando Geral da Polícia Militar de Pernambuco
Recorrido: Estado de Pernambuco
Procurador: José Tavares

EMENTA: RMS – Administrativo – Concurso público – Policial militar – Estado de Pernambuco – Exame psicotécnico – Legalidade – Decreto n. 10.932/1985 – Realização do curso de formação de oficiais – Teoria do fato consumado.

I – A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça é cediça ao vedar a realização de exame sigiloso, sem a possibilidade de interposição de recursos. Extraí-se, daí, a finalidade do psicotécnico, qual seja, visa a avaliação psíquico-intelectual do candidato, a fim de aferir sua compatibilidade com o cargo a que pleiteia. Ressalva-se, contudo, a necessidade de previsão legal e adoção de critérios objetivos, evitando-se qualquer preterição de ordem subjetiva do examinador, caracterizadora de eventual ato discriminatório ou segregatório.

II – No caso dos autos, todas as formalidades restaram cumpridas, sendo despcienda a tese da previsibilidade legal encontrar-se amparada, tão-somente, em diplomas infralegais (Decreto Estadual n. 10.932/1985), bem como na lei do concurso.

III – No tocante à teoria do fato consumado, a egrégia Terceira Seção já firmou entendimento no sentido de aplicá-la, tão-somente, quanto à realização e aprovação no curso de formação de oficiais. Despropositada, assim, a sua aplicação quanto à nomeação e posse. Precedentes (MSs n. 6.215-DF e 5.648-DF).

IV – Recurso conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezzini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 6 de fevereiro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso ordinário interposto por Rogério Cadete da Silva, contra v. acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, denegatório de *writ*, assim ementado:

“Administrativo. Ingresso no curso de formação de oficiais. Exame psicotécnico. Exigibilidade por força de previsão legal.

A Administração pode estabelecer critérios objetivos de julgamento para a seleção de seu efetivo, mormente aqueles que asseguram a isonomia entre os candidatos e privilegiam o interesse público, selecionando os mais capazes. Exigência de exame psicotécnico prevista no regulamento para ingresso na Polícia Militar. Segurança denegada.” (fl. 92).

Nas razões do recurso ordinário a tese lançada na impetração é reeditada, no sentido do candidato haver logrado êxito em todas as fases anteriores do certame, sendo despicienda a aprovação em exame psicotécnico, principalmente quando a sua previsão encontrar-se amparada em atos regulamentares infralegais, quais sejam, decretos e respectivo edital do concurso.

Alega ainda o Recorrente, que muito embora tenha sido reprovado pela comissão examinadora do certame, obteve liminar que oportunizou sua matrícula no curso de formação de oficiais, onde logrou aprovação consolidando uma pretensa “situação de fato”.

Sem contra-razões (fl. 136).

Parecer do Ministério Público Federal às fls. 143/149, da lavra do Dr. Antônio Augusto César, opinando pelo conhecimento e improvimento do apelo. A ementa do parecer restou vazada aos exatos termos, **verbis**:

“Policial militar. Exame psicotécnico. Legalidade. Fato consumado.

I – A jurisprudência dos Tribunais pátrios é pacífica quanto à legalidade na exigência de exame psicotécnico para ingresso na carreira de policial.

II – Não se pode ignorar a reprovação no exame psicotécnico. A habilitação mental é **conditio sine qua non** para o exercício da função. Situação que não se convalida pelo decurso do tempo.

III – Recurso que merece ser conhecido, mas improvido.” (fl. 143).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): Primeiramente, impõe-se verificar os pressupostos de conhecimento do recurso, oportunidade em que verifico a sua tempestividade, pois o v. acórdão guerreado foi publicado em 20 de outubro de 1999 e o recurso foi protocolizado em 3 de novembro do mesmo ano, ou seja, dentro do prazo legal. Quanto ao preparo, encontra-se à fl. 132. Desta feita, conheço do recurso.

Quanto ao mérito, em recentes julgados, venho adotando tese cediça neste Superior Tribunal de Justiça, que veda a realização de exame sigiloso, sem a possibilidade de interposição de recursos. Extrai-se, daí, a finalidade do psicotécnico, qual seja, *visa à avaliação psíquico-intelectual do candidato, a fim de aferir sua compatibilidade com o cargo a que pleiteia.*

Ressalva-se, contudo, a necessidade de previsão legal e adoção de critérios objetivos, evitando-se qualquer preterição de ordem subjetiva do examinador, caracterizadora de eventual ato discriminatório ou segregatório.

No caso dos autos, conforme relatado, a irrisignação cinge-se na não-aceitação do resultado “inapto”, justamente pelo fato do candidato haver logrado êxito em todas as fases anteriores do certame, sendo desnecessária a aprovação em exame psicotécnico, principalmente pelo fato da sua previsão estar amparada em atos regulamentares infralegais.

E mais, alega ainda o Recorrente, que muito embora tenha sido reprovado pela comissão examinadora do certame, obteve liminar que oportunizou sua matrícula no curso de formação de oficiais, onde logrou aprovação consolidando uma pretensa “situação de fato”. Das suas razões extraio o seguinte trecho:

“Por tais motivos se conclui ser equivocado o fundamento utilizado pelo Tribunal a quo para denegar a segurança, porque não estaria comprovado que o concurso de que participou o Impetrante feria os princípios da legalidade, moralidade e publicidade, porque ao contrário da fundamentação da decisão recorrida, restou robustamente comprovada a violação ao princípio da legalidade, em virtude da exigência do psicotécnico para o concurso vestibular ao curso de oficiais da PMPE; exigência ilegal porque não se encontra prevista em lei, devendo merecer a repulsa do Poder Judiciário, excluindo o exame psicotécnico das exigências do concurso em tela, para se convalidar a

matrícula e o curso efetuado pelo recorrente da PMPE, conforme atesta o diploma de fl. 85, com a reforma do respeitável acórdão recorrido, para se conceder a segurança pleiteada, nos termos do pedido da peça vestibular, convalidando-se assim os efeitos do curso de formação de oficiais, que é a promoção do Requerente.

Por outro lado, vem em apoio à pretensão do Recorrente, o fato de que foi beneficiado por uma liminar (fl. 13), através da qual foi o mesmo matriculado no curso de formação de oficiais, concluído com aproveitamento, tendo inclusive recebido o respectivo diploma (fls. 86/87), fato que, com o passar dos tempos, consolidou uma situação de fato, no qual o Recorrente foi matriculado, concluiu com aproveitamento e teve toda a sua vida totalmente modificada pelos ensinamentos da vida militar, ressalte-se que inclusive a corporação investiu na sua formação profissional, nos longos três anos do curso.

Nesse sentido, é firme a posição desse egrégio Tribunal, acerca da consolidação de uma situação de fato...” (fl. 128).

Do exame mais aprofundado do compêndio processual, verifica-se acertado no v. acórdão **a quo**, pois há previsão legal quanto à exigência do psicotécnico; só que a mesma exteriorizou-se por intermédio do Decreto Estadual n. 10.932, de 8 de novembro de 1985, ou seja, antes do advento da nova ordem constitucional, possuindo, assim, nos dias de hoje, a mesma normatividade que a lei propriamente dita. Com isso, a primeira tese lançada no recurso demonstra-se frágil, pois há previsão na legislação estadual, bem como no edital do certame.

Quanto à pretensa “situação de fato”, cumpre ressaltar que este posicionamento sagrou-se vencedor na egrégia Terceira Seção, quando analisamos impetrações perpetradas por delegados ou policiais federais, sendo que a jurisprudência atual é unânime no sentido da “situação de fato” só ocorrer quanto à realização e aprovação *no curso* de formação, não ensejando ao candidato o direito de reivindicar sua nomeação e posse. A esse respeito, colaciono os seguintes julgados:

“Administrativo. Concurso público. Candidato aprovado **sub judice**. Direito à nomeação. Teoria do fato consumado. Quebra da ordem classificatória. Prazo de validade. Súmula n. 15-STF.

– A aplicação da denominada ‘teoria do fato consumado’ presuppõe uma situação ilegal consolidada no tempo, em decorrência da

concessão de liminar. Inaplicabilidade desse entendimento para se reconhecer o direito sobre situação que ainda não ocorreu (nomeação de candidato aprovado **sub judice** em concurso público).

– O candidato aprovado em concurso público tem mera expectativa de direito à nomeação, mas passa a ter direito a ela se há nomeação para o mesmo cargo com quebra da ordem classificatória, desde que dentro do prazo de validade do certame.

– Segurança denegada.” (MS n. 6.215-DF, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 23.8.1999).

“Mandado de segurança. Administrativo. Concurso público. Delegado de Polícia Federal. Curso de formação. Concessão de liminar. Impossibilidade de aplicação da ‘teoria do fato consumado’ quanto ao direito de precedência. Inexistência da suposta preterição. Prazo do concurso expirado.

1. Concedida liminar e realizado o curso de formação profissional objeto do pedido, em que a impetrante obteve aproveitamento, com aprovação, necessário o reconhecimento da consolidação da situação de fato.

2. Aos aprovados na primeira etapa assiste o direito de cursarem a segunda etapa, conforme ordem de classificação. Precedentes da Seção.

3. Quanto ao pedido de precedência em relação a concursandos posteriores ou eventual preterição, inviável a aplicação da ‘teoria do fato consumado’, pois a situação sequer existiu, em face da aprovação em curso de formação não consubstanciar necessário direito de nomeação e posse, principalmente, quando houver expirado o prazo de validade do certame.

4. Mandado de segurança parcialmente concedido.” (MS n. 5.648-DF, de minha relatoria, DJ de 21.2.2000).

Neste diapasão, irrepreensível a conclusão lançada no erudito parecer ministerial ao opinar, **verbis**:

“O fato do exame ser previsto por decreto não caracteriza afronta ao princípio da legalidade. O exame psicotécnico ora impugnado é previsto pelo Decreto Estadual n. 10.932, de 8 de novembro de 1985. Impõe-se esclarecer que se trata de decreto-lei, espécie normativa

extinta pela nova Constituição Federal, substituída pela medida provisória, que, todavia, possuía mesma normatividade do que a lei; ao contrário do decreto regulamentar, que tem de caráter apenas supletivo, sendo inferior à lei.

Ademais, a realização de exame psicotécnico, com amparo na legislação estadual, está prevista no edital do concurso, condição que o candidato, obviamente, aceitou. Portanto, não há que se falar em ilegalidade.

O acórdão **a quo** demonstra minuciosamente a legalidade da exigência do psicotécnico, citando a legislação aplicável à hipótese:

‘Art. 6º. São as seguintes as condições gerais para ingresso na Polícia Militar:

I a IV – **Omissis**;

VII – Ter aptidão para a carreira policial militar, aferida através de exames de saúde, de aptidão física e psicológicos.’

O art. 12 do mesmo decreto dá o sentido finalístico das exigências do retromencionado artigo quando prescreve que:

‘Art. 12. Os exames de seleção estabelecidos nos incisos VII e VIII do artigo 6º deste Regulamento, se destinam a proporcionar uma avaliação precisa da capacidade e da aptidão do candidato a ingresso na Polícia Militar, Levando em consideração as exigências intelectuais de saúde, de aptidão física e psicológica, impostas pelas condições de execução do serviço policial militar.’

Em relação ao exame psicológico exigido no certame seletivo a que se submeteu o Impetrante, o inciso IV do artigo 13 rechaça o argumento de ilegalidade do exame expandido pelo Impetrante, ante a sua flagrante previsão legal, conforme se vê abaixo, **ipsis litteris**:

‘Art. 13. Os exames de seção constarão de:

I a III – **Omissis**.

IV – Exames psicológicos – são determinados a avaliar as características de personalidade mais compatíveis com aptidões inerentes ao policial militar, e deverão contra-indicar o ingresso do candidato que:

- a) apresentar características de personalidade não compatíveis com o serviço policial militar;
- b) apresentar nível de inteligência geral, bem como aptidões específicas, a níveis inferiores à média;
- c) apresentar traços ou indícios de psicopatologia da personalidade.

Art. 14. Os exames de seção estabelecidos neste regulamento constarão de múltiplas provas, testes ou baterias de testes-exames, realizados de acordo com normas baixadas pelo Comandante-Geral da Polícia Militar, sendo todos de caráter eliminatório.’

Comprovada está, portanto, a legalidade da exigência do exame psicotécnico ...”

.....

“Quanto à alegação de fato consumado, melhor sorte não resta ao Recorrente. Não se pode, simplesmente, ignorar a reprovação no exame psicotécnico, sob argumento de conclusão, com sucesso, do curso de formação. A exigência do exame não é mera formalidade, mas, sim, corresponde a uma garantia à sociedade, dada a importância da função pública que será exercida.” (fls. 146/148).

Por derradeiro, em caso análogo ao presente, inclusive em se tratando do mesmo concurso e do mesmo patrono do Recorrente, esta egrégia Quinta Turma já se posicionou ao negar provimento ao RMS n. 10.730-PE, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 2.5.2000, cuja ementa encontra-se assim vazada, **verbis**:

“Administrativo. Concurso público. Curso de formação de oficiais militares do Estado de Pernambuco. Psicotécnico. Previsão legal. Legitimidade.

1. A previsão legal (Decreto n. 5.634/1979) legitima a exigência de exame psicológico para acesso aos quadros de oficiais militares.
2. Recurso a que se nega provimento.”

Ante o exposto, conheço do recurso e nego-lhe provimento.
É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 174.486 – DF

(Registro n. 98.0036988-0)

Relator: Ministro Felix Fischer
Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Recorrido: Sandro Luiz de Oliveira
Advogado: Gilmar Rodrigues da Silva (assistente)

EMENTA: Penal e Processual Penal – Recurso especial – Falso testemunho – Sentença.

I – A prolação de sentença no processo em que ocorreu o falso testemunho não é condição de procedibilidade da ação penal pelo referido delito contra a Administração da Justiça.

II – A decisão acerca do falso depoimento, todavia, não pode preceder a do feito no qual ocorrera o eventual ilícito.

Recurso provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Gilson Dipp, José Arnaldo da Fonseca e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 3 de dezembro de 1998 (data do julgamento).

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Presidente.

Ministro Felix Fischer, Relator.

Publicado no DJ de 22.2.1999.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de recurso especial interposto, com fulcro no art. 105, inciso III, alíneas a e c, da Carta Magna, pelo *Parquet* contra v. julgado do egrégio Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios em sede de ação penal pelo delito e falso testemunho. O

retrospecto está delineado às fls. 154/155, **in verbis**: “Colhe-se dos autos que Sandro Luiz de Oliveira foi preso em flagrante (fls. 8/9) e denunciado como incurso nas sanções do art. 342, § 1º, do Código Penal, por ter feito afirmação falsa e ainda negado a verdade, como testemunha, em processo judicial de natureza penal, com a finalidade de favorecer os réus Josimar de Souza Santos, Wilson Lopes da Silva e Carlos José de Souza, quando da realização de audiência, no dia 20 de março de 1997, na 2ª Vara Criminal de Taguatinga-DF.

Após concluída e oferecidas as alegações finais, o MM. Juiz de Direito da 3ª Vara Criminal da Circunscrição Judiciária de Taguatinga, por onde tramitava o feito, declarou nulo o processo, **ab initio**, entendendo que somente com a prolação da sentença é que o julgador exerce o juízo de valor sobre o conteúdo das provas, dentre elas os depoimentos constatando eventuais ou propositais contradições nos fatos trazidos pelas testemunhas, oportunidade em que se possibilita a propositura de ação penal pelo crime de falso testemunho.

Inconformado, o Ministério Público interpôs recurso de apelação, visando à cassação da sentença e determinação de decisão de mérito, sustentando que a jurisprudência majoritária é no sentido de que a ação pode ser proposta antes da sentença nos autos em que o falso foi prestado, e que, do contrário, a prisão em flagrante da testemunha, nos feitos de rito ordinário, se tornaria impossível, haja vista o Ministério Público dispor de cinco dias para oferecer denúncia, em inquérito de réu preso e até que fosse proferida a sentença, a testemunha mentirosa sofreria constrangimento ilegal, por excesso de prazo, devendo sua prisão ser realizada e que, por outro lado, existiram as contradições apresentadas e, como não ocorrera, ainda, a retratação, a denúncia era perfeitamente válida, inclusive porque as sentenças referentes aos autos em que o falso testemunho foi prestado, ambas condenatórias, foram proferidas em 25.4.1997 e 30.5.1997, antes da decisão recorrida.

O aresto hostilizado, com base no voto-condutor, negou provimento ao recurso, em suma, sob o fundamento de que a jurisprudência dominante se firmou no sentido de que antes de sentenciado o feito em que se deu o falso testemunho, não há que se falar em instauração da respectiva ação penal.

Irresignado, o Recorrente interpõe o presente apelo, visando à reforma do aresto vergastado, sustentando negativa de vigência ao art. 342, § 1º, do Código Penal, bem como divergência jurisprudencial com outros tribunais na análise de idêntico tema de Direito Federal.

Visando a configurar o dissídio, apresenta na íntegra, cópia das decisões proferidas no HC n. 94.770-3, Rel. Des. Reynaldo Ayrosa, Sexta Câmara do TJSP, e HC n. 61.400, Relator Ítalo Galli, TJSP (fls. 135/139).”

A doutra Subprocuradoria Geral da República se pronunciou pelo provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): A matéria é polêmica. Nesta Corte existem decisões nos dois sentidos, a saber: de ser necessária a sentença no feito dito principal e de não ser imprescindível o referido ato judicial, tudo isto, para o início da **persecutio criminis in iudicio** acerca do falso testemunho. De acordo com a segunda posição:

“Processual Penal. Falso testemunho.

– Denúncia. Acerto de seu recebimento, e da ressalva de sua tramitação, essa modelada pelo ensejo a ser dado à retratação do depoente até o julgamento do processo-crime no qual se deu o malsinado depoimento.” (RHC n. 5.630-SP, Quinta Turma, Rel. Min. José Dantas, DJU de 30.9.1996, p. 36.645).

“Crime contra a administração da Justiça. Falso testemunho ou falsa perícia. Retratação. Admissibilidade até antes da sentença. Possibilidade, portanto, do recebimento da denúncia antes da conclusão do processo em que a verdade foi agredida.” (STJ, RT 710/350).

A **quaestio** foi bem enfrentada no parecer da culta Subprocuradoria Geral da República Dra. Zélia Oliveira Gomes, **in verbis**: “Segundo ensinam os doutos, no que é reforçado pela jurisprudência pacífica dos nossos tribunais, inclusive das mais altas Cortes, o falso testemunho é crime formal, que se consuma no instante em que a testemunha, chamada a depor em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral, faz, afirmação inverídica a respeito de fato juridicamente relevante, aperfeiçoando-se, quando encerrado o depoimento.

Nesse instante, se perfaz o crime, tanto que a testemunha pode ser presa e autuada em flagrante delito.

Sendo o crime de ação penal pública incondicionada, está o Ministério Público legitimado a deflagrar ação penal contra o autor do perjúrio, independentemente de qualquer providência judicial, visto que é função institucional sua promover a ação penal, nos termos o que dispõe o art. 129, I, da Constituição da República.

Mesmo a norma inserta no art. 211 do Código de Processo Penal, não tem o condão de coarctar a iniciativa do Ministério Público, não sendo condição de procedibilidade, nos crimes de falso testemunho, indicando, apenas, a possibilidade de o juiz determinar a abertura de inquérito para apuração de crime se, ao proferir sentença, verificar que no processo houve declaração falsa a respeito de fato relevante, feita por alguma testemunha, como o pode, aliás, se constatar, dos elementos produzidos nos autos, a existência de qualquer outro delito.

A propositura da ação pelo crime de falso testemunho, dessarte, **data venia**, independe de decisão no processo em que ocorrido o perjúrio, mesmo porque, se assim fosse, como bem salientou o Recorrente, a prisão em flagrante resultar-se-ia em constrangimento ilegal para o réu, diante da ultrapassagem do prazo de que dispõe o Ministério Público para deflagração da ação penal, em tais casos.

Demais disso, o condicionamento do oferecimento da denúncia à prolação da sentença, na ação em que prestado o falso testemunho, diferiria, em muito, o ato de recebimento da inicial, com reflexos, inclusive na prescrição da pretensão punitiva, certo que, não raras vezes, o processo se arrasta por longos anos.

Releva consignar, noutra vertente, que a norma inserta no art. 342, § 3º, do Código Penal, evidencia apenas a causa de extinção da punibilidade do crime de falso testemunho, tal como previsto no art. 108, VI, do mesmo diploma, não tendo, contudo, o condão de apagar o crime.

Assim, ocorrendo a retratação pelo réu, no processo em que cometeu perjúrio, até a prolação da sentença neste processo, extingue-se a punibilidade em relação ao falso testemunho, não podendo ser condenado.

Daí recomendar, determinada corrente doutrinária, por prudência – quicá por excessiva liberalidade interpretativa, **data venia** –, que o processo em que o Réu responde por falso testemunho não seja sentenciado antes de expirado o prazo em que pode fazer a retratação.

A falta de decisão naquele processo, no entanto, não constitui óbice ao

oferecimento da denúncia pelo Ministério Público, porquanto o crime existe. Ao Ministério Público é defeso propor a ação se já houve retratação, não contudo, enquanto esta não acontece.

Pertinente a transcrição de nota lançada por **Alberto Silva Franco** e outros, a propósito do art. 342, § 3º, do Código Penal, **verbis**:

“Trata o § 3º do art. 342 de um dos casos em que a retratação opera como causa de extinção de punibilidade, **ut** art. 108, VII (atual art. 108, VI). Ou o agente de nada sabia, ou sabia coisa diversa do que disse, ou omitiu o que sabia: no primeiro caso, o agente, que se retrata, limita-se a dar o dito pelo não dito; no segundo, retira o que disse e declara a verdade; no terceiro, supre o anterior silêncio, declarando o que sabe. Em qualquer caso, porém, o que há é retratação, que faz desaparecer, supervenientemente, a punibilidade. Pode dizer-se que o testemunho falso ou falsa perícia é um crime sob condição, mas entenda-se: não sob condição suspensiva (como já outrora sustentamos), mas sob condição resolutiva, que outra coisa não é a retratação, permitida até o advento da sentença no processo. O falso testemunho consuma-se, como já vimos, com a assinatura do depoimento pela testemunha, e a falsa perícia com a apresentação do laudo ou parecer, ou tradução, ou desde que determinada a interpretação, ficando aberto o caminho, sem qualquer obstáculo, para a ação penal; mas, sobrevindo **opportuno tempore** a retratação, deixa de subsistir a punibilidade, cessando o processo penal pelo testemunho falso ou falsa perícia. O efeito extintivo da punibilidade atribuído à retratação não é apenas uma medida de política criminal (**melius est occurrere in tempore quam nost exitum vindicare**), mas diz também com a própria essência moral do fato. A retratação é arrependimento, e este é a revelação de uma vontade fraca, enferma, incapaz de caracterizar aquela grave rebeldia que justifica a reação penal.

Se o processo por testemunho falso ou falsa perícia for instaurado quando ainda em curso o processo no qual foi praticado o crime, a decisão do primeiro deve aguardar a decisão do segundo, pois enquanto esta não é prolatada, é admissível a retratação e, portanto, a extinção da punibilidade. Se penal é o processo em que ocorreu ou falso testemunho ou falsa perícia, os dois processos, em razão da conexidade, deverão ocorrer juntos, e um só deve ser o julgamento. (**in** Código Penal e sua Interpretação Jurisprudencial, v. I, Tomo II, 6ª ed., Editora Revista dos Tribunais, 1997, p.p. 3.841/3.842).”

No mesmo sentido, a ensinança de **Luiz Régis Prado**:

“No que toca à ação penal (pública incondicionada), não há nada que vede sua instauração antes de proferida a sentença no processo em que se verificou o delito. Faz-se necessário, porém, o sobrestamento da decisão até o advento de outra sentença. **Hungria** pondera, com acerto, que ‘se o processo por falso testemunho ou falsa perícia for instaurado quando ainda em curso o processo no qual foi praticado o crime, a decisão do primeiro deve aguardar a decisão do segundo, pois, enquanto esta não é protocolada, é admissível a retratação e, portanto, a extinção da punibilidade. Se penal, é o processo em que ocorreu o falso testemunho, ou falsa perícia, os dois processos, em razão de conexidade, deverão correr juntos e um só deve ser o julgamento.’ (In Falso Testemunho e Falsa Perícia, Saraiva, 1984, p. 101).

Nesse Augusto Pretório, nessa colenda Turma, a possibilidade de recebimento da denúncia antes da prolação da sentença no processo em que cometido o falso testemunho já mereceu sufrágio, como se pode ver do julgado adiante transcrito, da lavra do eminente Ministro José Dantas, no RHC 5.630-SP (96/0034641-0):

“Processual Penal. Falso testemunho.

– Denúncia. Acerto de seu recebimento, e da ressalva de sua tramitação, essa modelada pelo ensejo a ser dado à retratação do depoente até o julgamento do processo-crime no qual se deu o malsinado depoimento.” (DJ de 30.9.1996, p. 36.645. Decisão de 9.9.1996).

No caso dos autos, o acusado foi preso em flagrante pelo cometimento de falso testemunho prestado em processo penal, pelo que foi denunciado pelo Ministério Público, sendo o feito devidamente instruído.” (fls. 156/159).

Destaco, todavia, que a sentença no processo no qual ocorreu o delito não pode ser precedida da decisão acerca do perjúrio.

Voto pelo provimento do recurso para que o feito tenha continuidade.

RECURSO ESPECIAL N. 209.259 – DF

(Registro n. 99.0028240-0)

Relator: Ministro José Arnaldo da Fonseca
Recorrente: Ministério Público do Distrito Federal e Territórios
Recorrida: Izelda Maria Oliveira Martins
Advogado: Geraldo Faco Vidigal

EMENTA: Recurso especial – Defesa do consumidor – Função institucional do Ministério Público – Requisição de documentos e informações à instituição financeira, que não implicam violação ao sigilo bancário – Possibilidade.

A defesa dos direitos do consumidor insere-se nas funções institucionais do Ministério Público.

Os serviços e produtos oferecidos pelas instituições financeiras são considerados do gênero consumo, *ex vi* do art. 3º, § 2º, do CDC. Logo, quando na defesa dos direitos dos usuários de tais produtos e serviços, lícito é ao Ministério Público requisitar documentos, tais como cópias de contratos de adesão utilizados pela instituição e informações sobre os encargos financeiros cobrados, dados esses que não se enquadram entre os protegidos pelo sigilo bancário, porque acessíveis a todos os clientes.

Recurso conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini e Edson Vidigal.

Brasília-DF, 7 de dezembro de 2000 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro José Arnaldo da Fonseca, Relator.

RELATÓRIO

Com fundamento no art. 105, inciso III, letras **a** e **c**, da Constituição Federal, o Ministério Público do Distrito Federal e Territórios interpõe o presente recurso especial contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, que, preliminarmente, declarou-se competente para julgar **habeas corpus** contra ato de Promotor de Justiça do Distrito Federal, tendo em vista o disposto nos artigos 108, inciso I, letra **a**, e 128, da Constituição Federal; e, no mérito, concedeu a ordem por vislumbrar que a Paciente – funcionária do Banco Mercantil de Descontos S/A – estaria na iminência de sofrer constrangimento ilegal por parte da Promotoria de Justiça de Defesa do Consumidor do DF, consubstanciado na requisição de diversos documentos, entre os quais cópia dos contratos de adesão utilizados pela instituição e informações sobre os encargos financeiros cobrados, com a demonstração do respectivo cálculo.

Entendeu o Colegiado **a quo** que o pleito do MPDF esbarra no sigilo comercial (arts. 17 e 19 do Código Comercial), pelo que não poderia a funcionária ser obrigada, sob ameaça de responsabilização penal, a fornecer os dados requisitados.

Eis a ementa do aresto (fl. 82):

“Processual Penal. **Habeas corpus** contra ato de Promotor de Justiça do Distrito Federal. Competência. Documentos relativos à prática contratual de banco. Requisição pelo Ministério Público. Impossibilidade.

A competência para processar e julgar **habeas corpus** contra ato de Promotor de Justiça do Distrito Federal é do Tribunal Regional Federal, porquanto, como integrante do Ministério Público da União (art. 128-DF), está submetido, em matéria criminal, à jurisdição originária daquela Corte (art. 108, I, **a**).

Os dados relativos à vida contratual de uma instituição bancária estão protegidos pelo segredo comercial (arts. 17 e 19 – Código Comercial), que se insere no conceito amplo de segredo bancário, somente podendo ser devassados por ordem judicial.

A requisição direta dessas informações por membro do Ministério Público da União, com ameaça de responsabilidade penal por crime de desobediência, traduz constrangimento ilegal, corrigível através de **habeas corpus**.

Concessão da ordem de **habeas corpus**.”

Em vista dessa decisão, o *Parquet* interpôs o presente recurso especial, alegando que o aresto violou os artigos 17 e 19 do Código Comercial e o art. 3º, § 2º, do Código de Defesa do Consumidor, bem como divergiu da orientação adotada por julgado deste STJ que, substancialmente, discute o tema do acórdão impugnado (HC n. 5.287-DF, Rel. Min. Edson Vidigal).

Em contra-razões de fls. 139/156, o Recorrido argúi, preliminarmente, a intempestividade do recurso especial e, no mérito, requer o desprovemento do recurso.

O recurso foi admitido por decisão de fls. 181/182.

Recurso extraordinário não admitido (fl. 183).

Neste grau de jurisdição, o Dr. Miguel Guskow, ilustre Subprocurador-Geral da República, opina pelo conhecimento e provimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

De início, cumpre esclarecer que não merece acolhida a preliminar de intempestividade argüida em contra-razões.

Com efeito, é despiciendo lembrar que o Ministério Público faz jus à intimação pessoal:

“Processual Penal. Ministério Público. Obrigatoriedade de intimação pessoal.

I – O Ministério Público, *ex vi* art. 41, inciso IV, da LONMP, tem a prerrogativa de intimação pessoal em qualquer processo e grau e jurisdição, a qual se efetiva através da entrega dos autos.

II – O protocolo de ofício intimatório junto ao serviço administrativo não guarda relação com a exigência legal.

Recurso conhecido e provido para o fim de ser dada continuidade ao julgamento dos embargos de declaração considerados intempestivos.” (REsp n. 120.267-MG, Rel. Min. Felix Fischer, DJ de 4.8.1997).

No caso, por equívoco da Secretaria do órgão fracionário prolator do acórdão recorrido, a intimação da decisão foi feita inicialmente ao Ministério Público Federal, na pessoa da Dra. Maria Isabel Galloti Rodrigues, conforme se verifica do documento de fl. 85/v.

Tal equívoco somente foi corrigido posteriormente, com a expedição do Ofício n. 24-HC/98h – STTUR, mediante o qual a serventia do TRF da 1ª Região comunicou à autoridade coatora (Promotoria de Justiça de Defesa dos Direitos do Consumidor do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios) o inteiro teor do acórdão recorrido (doc. de fl. 121). Tal ofício deu entrada no MPDFT no dia 9 de fevereiro de 1998, data a partir da qual começou a correr o prazo recursal, sendo ajuizada a irresignação no primeiro dia útil após os feriados de carnaval, em 26 de fevereiro de 1998 (fl. 88), portanto, tempestivamente.

Presentes os demais requisitos de admissibilidade, conheço do recurso.

No mérito, merece amparo a tese recursal, consoante demonstra com propriedade o ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. Miguel Guskow, que bem deslindou a controvérsia, às fls. 201/202, **verbis**:

“O Ministério Público local requisitou as seguintes informações:

‘I – cópia dos contratos de adesão que são, atualmente, utilizadas por essa instituição nas operações de intermediação de crédito (abertura de crédito em conta-corrente rotativa, empréstimos, financiamentos, etc.), assim como os que visam a renegociação de dívidas ou renovação de saldos;

II – os encargos financeiros cobrados, nos últimos 18 (dezoito) meses, nas operações de crédito, demonstrando a metodologia do respectivo cálculo e as taxas utilizadas a título de correção monetária, juros (remuneratórios e moratórios), multa, comissão de permanência, ‘fees’s’ e outros encargos, inclusive na hipótese de inadimplemento, exemplificando, passo a passo, estas informações.’

Constata-se que a requisição formulada não teve o objetivo de incursionar em informações acerca de negócios ou interesses patrimoniais de clientes, nem tendeu a averiguar a escrituração da instituição bancária.

Pretendeu o *Parquet* averiguar a legalidade dos serviços bancários, através da análise das cláusulas dos contratos de adesão e os percentuais de juros incidentes nessas operações, informações que não se enquadram dentre as proferidas pelo sigilo bancário, eis que acessíveis a todos os clientes.”

Correto esse posicionamento. Realmente, entre as funções institucionais do Ministério Público está a defesa dos direitos do consumidor. Nesse sentido, à guisa de exemplo:

“Processual Civil. Ação coletiva. Direitos coletivos, individuais homogêneos e difusos. Ministério Público. Legitimidade. Jurisprudência. Agravo desprovido.

– O Ministério Público é parte legítima para ajuizar ação coletiva de proteção ao consumidor, inclusive para tutela de interesses e direitos coletivos e individuais homogêneos.” (AgRg n. 253.686-SP, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo, DJ de 5.6.2000).

De outro lado, os serviços e produtos oferecidos pelas instituições financeiras são considerados do gênero *consumo*, *ex vi* do art. 3º, § 2º, do CDC. Logo, quando na defesa dos usuários desses produtos e serviços, lícito é ao Ministério Público requisitar documentos, tais como cópias de contratos de adesão utilizados pela instituição e informações sobre os encargos financeiros cobrados, dados que não se enquadram entre os protegidos pelo sigilo bancário, porque acessíveis a todos os clientes.

Nesse sentido tem decidido esta Corte, em casos análogos ao dos autos:

“Processual Penal. Recurso especial. Direito do Consumidor. Instituição bancária. Investigação do Ministério Público. Sigilo bancário.

– O Ministério Público, dentro do exercício de suas funções institucionais e legais, deve velar pela correta aplicação da lei e impedir as práticas abusivas nas cobranças de serviços e produtos que os bancos oferecem aos usuários, produtos estes também protegidos pelo Código de Defesa do Consumidor – Lei n. 8.078/1990, que, em seu art. 3º, § 2º, equiparou o serviço de natureza bancária, financeira, de crédito e secundária, ao gênero de consumo, justamente para dar proteção aos usuários de tais serviços.

– O despacho do órgão ministerial determinando a instauração de investigação preliminar para apurar as práticas abusivas dos estabelecimentos bancários, principalmente no que diz respeito à imposição de juros abusivos nos contratos de adesão, não afeta a garantia do sigilo bancário.

– Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 207.310-DF, Rel. Min. Vicente Leal, DJ de 20.11.2000).

“Penal. Processual. Direitos do consumidor. Bancos. Investigação do Ministério Público. Desobediência. **Habeas corpus**.

1. A defesa dos direitos do consumidor se insere entre as funções institucionais do Ministério Público.

2. Os estabelecimentos bancários, prestadores de serviços, nos termos do Código de Defesa do Consumidor, são obrigados a atender às requisições do Ministério Público, que não resultem em quebra de sigilo bancário.

3. HC conhecido; liminar cassada; pedido indeferido.” (HC n. 5.287-DF, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 5.5.1997).

Diverge, pois, o acórdão recorrido da orientação desta Corte, pelo que merece reforma.

Com esses fundamentos, conheço do recurso e dou-lhe provimento para, reformando o acórdão recorrido, denegar o **habeas corpus**.

RECURSO ESPECIAL N. 222.131 – SP

(Registro n. 99.0059624-2)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: Paulino Rodrigues
Advogados: Gláucia Sudatti e outros
Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogados: Ruy Dias de Souza Filho e outros

EMENTA: Processual e Previdenciário – Recurso adesivo – Honorários advocatícios – Condenação – Súmula n. 111-STJ – Auxílio-acidente – Termo inicial.

I – Sem mútua sucumbência, descabe a impetração de recurso adesivo.

II – Nas ações previdenciárias, os honorários advocatícios devem incidir sobre as prestações vencidas, entendidas estas como as ocorridas até a prolação da sentença.

III – O termo inicial da concessão de benefício acidentário, não havendo requerimento administrativo negado, é a data da juntada do laudo que reconheceu a moléstia incapacitante e o seu nexos com o trabalho em juízo. Todavia, em atendimento à regra do artigo 512 do CPC, descabe aplicar-se a **reformatio in pejus**, impondo-se, na hipótese, manter como termo **a quo** do referido benefício a data da citação da autarquia-ré, tal como disposto na sentença.

IV – Recurso desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso, mas negar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 6 de fevereiro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

Publicado no DJ de 5.3.2001.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: A espécie está assim relatada na decisão que admitiu o recurso, lavra do Juiz João Saletti, Vice-Presidente do 2ª TAC/SP, literal:

“Em ação por acidente de trabalho, interpõe o Autor recurso especial, com fundamento no artigo 105, III, **a** e **c**, da Constituição Federal, sob a alegação de ofensa ao artigo 500 do Código de Processo Civil em virtude de não ter sido conhecido o recurso adesivo; ao artigo 86, III, §§ 1ª e 2ª, da Lei n. 8.213/1991, por ter sido mantido o termo inicial da prestação acidentária na data da citação, e conseqüentemente a aplicação da lei vigente naquela data. Reclama-se, ainda, que o entendimento esposado pelo acórdão, de limitar a base de cálculo da verba honorária advocatícia às prestações vencidas até a

prolação da sentença, contrária a jurisprudência cristalizada na Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça.” (fl. 197).

Contra-razões ofertadas às fls. 185 e seguintes.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): De início, cumpre afastar a alegação de ofensa ao art. 500 do CPC, vez que o não-conhecimento da recurso adesivo por não haver sucumbência mútua guarda conformidade com a jurisprudência da Corte, **ex vi** REspS n. 213.813, DJ de 26.6.2000, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, e 121.117, DJ de 9.12.1997, Rel. Min. Vicente Leal.

No que se refere à incidência de honorários sobre as prestações vencidas, o deslinde da controvérsia não demanda maiores considerações, posto que a Terceira Seção deste egrégio Superior Tribunal, uniformizando jurisprudência das Quinta e Sexta Turmas, firmou entendimento no mesmo sentido do acórdão recorrido. É conferir:

“Processual e Previdenciário. Honorários advocatícios. Condenação. Prestações vencidas. Súmula n. 111-STJ.

Nas ações previdenciárias, os honorários advocatícios devem incidir sobre as prestações vencidas, entendidas estas como as ocorridas até a prolação da decisão exequenda.

Embargos acolhidos.” (EREsp n. 198.260, DJ de 16.11.1999, de minha relatoria).

No que respeita ao termo inicial do benefício, há que se reconhecer a data de juntada do laudo pericial, que foi quando se constatou as lesões incapacitantes e o nexó etiológico, tanto da disacusia como também da moléstia da coluna.

Nesta moldura, o benefício deveria ser concedido a contar da data do protocolo em juízo do laudo. Nesse sentido a jurisprudência:

“Previdenciário. Processual Civil. Recurso especial. Auxílio-acidente. Termo inicial da prestação do benefício. Divergência jurisprudencial não demonstrada.

– Termo inicial da concessão do benefício é o da apresentação laudo pericial, quando a incapacidade não for reconhecida administrativamente.

– A simples transcrição de ementas não é suficiente para caracterizar o dissídio jurisprudencial apto a ensejar a abertura da via especial, devendo ser mencionadas e expostas as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados, bem como, juntadas certidões ou cópias integrais dos julgados paradigmas.

– Recurso desprovido.” (REsp n. 243.824, DJ de 1.8.2000, Rel. Min. Jorge Scartezini).

“Previdenciário. Auxílio-acidente. Termo inicial.

1. O termo inicial de concessão do auxílio-acidente deve ser a partir da apresentação em juízo do laudo pericial. Precedentes.

2. Recurso especial conhecido e provido.” (REsp n. 245.352, DJ de 22.5.2000, Rel. Min. Fernando Gonçalves).

Todavia, em atendimento à regra do artigo 512 do CPC, descabe aplicar-se a **reformatio in pejus**, impondo-se, destarte, manter como termo a **quo** do referido benefício a data da citação da Autarquia-ré, tal como disposto na sentença de fl. 98.

É de relevo observar-se, ainda, que à época de concessão do auxílio-acidente vigia a Lei n. 9.032/1995, que restou adequadamente aplicada pela Corte-recorrida.

Ante o exposto, nego provimento ao recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 232.245 – RJ

(Registro n. 99.0086631-2)

Relator: Ministro Gilson Dipp
Recorrente: Rosa da Silva Souza
Advogado: Robson Luís Monteiro Rondelli

Recorrido: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS

Advogados: Delma Eyer Harris e outros

EMENTA: Previdenciário – Acidentária – Aposentadoria especial e auxílio-suplementar – Cumulação – Possibilidade – Hipótese – Moléstia adquirida após o retorno do obreiro à atuação laboral – Inclusão do benefício no cálculo da pensão – Descabimento – Lei n. 6.367/1976, art. 9º, parágrafo único – Jurisprudência consolidada da Corte – Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

I – Consoante o disposto na Lei n. 6.367/1976, art. 9º, e o consolidado entendimento desta egrégia Corte, ainda que em gozo de aposentadoria especial por tempo de serviço, faz jus o segurado ao auxílio-suplementar, desde que a moléstia tenha sido adquirida após o seu reingresso na atividade laboral.

II – Na hipótese dos autos, o obreiro aposentou-se em 21.12.1983, e a enfermidade foi constatada, em juízo, em 10.11.1987, após o seu retorno à atividade profissional.

III – Ressalte-se que a teor do parágrafo único, art. 9º, da lei em referência, o auxílio-suplementar não será objeto de inclusão no cálculo de pensão, evidência que, na espécie, delimitou o direito à recepção do benefício, da data da juntada do laudo aos autos até a ocorrência do óbito do ex-marido da autora.

IV – Recurso parcialmente conhecido e, nessa parte, provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, em conformidade com os votos e notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, dar-lhe provimento. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Jorge Scartezini, José Arnaldo da Fonseca e Felix Fischer. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Edson Vidigal.

Brasília-DF, 6 de fevereiro de 2001 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Presidente.

Ministro Gilson Dipp, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilson Dipp: Trata-se de recurso especial fundado nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, interposto por obreira em autos de ação acidentária, contra acórdão do Tribunal de Alçada Cível do Estado do Rio de Janeiro, assim ementado:

“Apelação. Acidente de trabalho. Cumulação de benefícios previdenciários. Impossibilidade.

Se o autor do pedido já se achava no gozo de aposentadoria ao formular o pleito em que demanda obtenção de benefício por doença profissional, correta se fez a sentença que julgou improcedente o pedido, ante a impossibilidade de cumulação de benefícios, no caso, a aposentadoria e o auxílio pretendido **a posteriori**” (v. acórdão, fl. 134).

O inconformismo se dá sob a alegação de ofensa aos artigos 9º, inciso II, e 20, § 2º, do Decreto n. 79.037/1976; 6º da Lei n. 6.367/1976; e 210 da Constituição Federal, além de divergência jurisprudencial.

Contra-arrazoado, o recurso restou admitido pela decisão de fls. 168/170.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilson Dipp (Relator): De respeito à ofensa aos artigos 9º, inciso II, e 20, § 2º, do Decreto n. 79.037/1976, e 6º da Lei n. 6.367/1976, note-se que o v. acórdão não enfrentou o tema, conquanto opostos embargos declaratórios, evidência que atrai o rigor das Súmulas n. 211-STJ e 282 e 356-STF.

No que pertine à violação do texto constitucional, ressalte-se a inadequação da via eleita.

Todavia, no que toca à divergência pretoriana, merece acolhida o inconformismo, porquanto possível, na hipótese, a cumulação da aposentadoria especial com o auxílio-suplementar. Com efeito, obtendo o ex-marido da Autora aposentação especial em 21.12.1983 (fl. 25), e constatada a moléstia por laudo juntado aos autos em 10.11.1987 (fls. 10/15), após o seu retorno ao trabalho, restou configurada situação albergada pela consolidada jurisprudência da Corte:

“Previdenciário. Aposentadoria por tempo de serviço. Auxílio-suplementar. Cumulação. Moléstia adquirida na vigência da Lei n. 6.367/1976.

1. A cumulação do auxílio-suplementar com a aposentadoria por tempo de serviço é permitida, desde que a enfermidade tenha sido adquirida após o retorno do aposentado à atividade laborativa.

2. Comprovado nos autos que o Autor se aposentou quase dois anos depois do ajuizamento da ação, e não mais retornou à atividade, incabível a percepção do auxílio-suplementar, que visa a compensar o trabalhador pelo maior esforço para o exercício de suas tarefas profissionais.

3. Recurso conhecido e provido.” (REsp n. 209.299, DJ de 16.8.1999, Rel. Min. Edson Vidigal).

“Previdenciário. Aposentadoria especial. Auxílio-suplementar.

– Acumulação. Possibilidade se, retornando ao trabalho, o aposentado sofre novo acidente. Precedentes.” (REsp n. 30.772-SP, DJ de 1.8.1994, Rel. Min. José Dantas).

“Previdenciário. Auxílio-suplementar. Aposentadoria. Cumulação. Acidente posterior ao retorno à atividade.

É permitida a cumulação dos benefícios da aposentadoria com o auxílio-suplementar, se o acidente ocorre após o retorno do aposentado à atividade.” (REsp n. 62.684-SP, DJ de 18.10.1999, Rel. Min. Felix Fischer).

De relevo observar-se que o primeiro laudo que, em juízo, constatou a moléstia, foi trazido aos autos em 10.11.1987, como antes referido, época em que o **de cujus**, consoante a referida jurisprudência, reunia as condições para o implemento do direito buscado. Todavia, em 22.7.1996, veio a se dar o óbito do então segurado, conforme registrado no documento de fl. 83.

Nesse diapasão, cumpre referir que a Lei n. 6.367/1976, vigente à época da formulação do pedido e do evento danoso, portanto aplicável à controvérsia, ao disciplinar a concessão do auxílio-suplementar, no percentual de 20% (vinte por cento), limitou o direito à percepção deste benefício à ocorrência de aposentadoria e, ainda, à data do óbito do segurado. Dessarte, foi afastada a possibilidade de inclusão do benefício em referência aos valores percebidos a título de pensão, **litteris**:

“Art. 9^a. O acidentado do trabalho que, após a consolidação das lesões resultantes do acidente, apresentar, como seqüelas definitivas, perdas anatômicas ou redução da capacidade funcional, constantes de relação previamente elaborada pelo Ministério da Previdência e Assistência Social – MPAS, as quais, embora não impedindo o desempenho da mesma atividade, demandem, permanentemente, maior esforço na realização do trabalho, fará jus, a partir da cessação do auxílio-doença, a um auxílio mensal que corresponderá a 20% (vinte por cento) do valor de que trata o inciso II do artigo 5^a desta lei, observado o disposto no § 4^a do mesmo artigo.

Parágrafo único. *Esse benefício cessará com a aposentadoria do acidentado e seu valor não será incluído no cálculo da pensão.*” (grifei).

Ante o exposto, conheço parcialmente do recurso especial, e nessa parte dou-lhe provimento, para conceder ao ex-marido da Autora o auxílio-suplementar de 20% (vinte por cento), a contar da juntada do primeiro laudo pericial aos autos, o que se efetivou em 10.11.1987 (fl. 10), até 22.7.1996, data em que se verificou o óbito daquele segurado, conforme inscrito no documento de fl. 83, vedada, por conseguinte, sua inclusão no valor da pensão.

Honorários advocatícios a cargo da Recorrida, no percentual de 10% sobre o valor da condenação.

É como voto.